

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

THIAGO MEREGE PEREIRA

**MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO: LEGITIMIDADE, OBJETO E
COISA JULGADA**

CURITIBA
2012

THIAGO MEREGE PEREIRA

**MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO: LEGITIMIDADE, OBJETO E
COISA JULGADA**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

CURITIBA
2012

TERMO DE APROVAÇÃO

THIAGO MEREGE PEREIRA

**MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO: LEGITIMIDADE, OBJETO E
COISA JULGADA**

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

COMISSÃO EXAMINADORA

Orientador: Professor Doutor Alcides Alberto Munhoz da Cunha
Universidade Federal do Paraná

Professor Doutor Antonio Carlos Oliveira Gidi
University of Houston

Professor Doutor Sérgio Cruz Arenhart
Universidade Federal do Paraná

Professor Doutor Elton Venturi
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 21 de março de 2012

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar o mandado de segurança coletivo a partir da Constituição e a partir da Lei 12.016/2009. O mandado de segurança coletivo é tratado como genuína ação coletiva sob os aspectos da legitimidade, do objeto e da coisa julgada. São tratados temas polêmicos, como o rol dos legitimados, a restrição do objeto coletivo e o modo de produção da coisa julgada. A interpretação do permissivo constitucional deve ser aquela que possibilite resguardar da melhor forma e da forma mais ampla possível os direitos carentes de proteção. Interpretar restritivamente o rol dos legitimados a impetrar o mandado de segurança coletivo impede que os direitos sejam adequadamente tutelados. Levando-se em consideração que o legitimado que figura em um dos polos da relação jurídica processual representa adequadamente os interesses da coletividade, grupo ou indivíduos representados em juízo, e levando-se em consideração a possibilidade de tutela de todo direito coletivo, o tratamento da imutabilidade do comando da decisão judicial deve ser aquele que, além de resguardar os direitos e garantias processuais, permita que a atuação jurisdicional não seja em vão, isto é, a atuação jurisdicional como função estatal deve vincular a todos aqueles titulares do direito.

Palavras-chave: Mandado de Segurança Coletivo. Legitimidade. Objeto. Coisa julgada

ABSTRACT

This paper analyzes the collective writ of mandamus according to the Constitution and according to the Law 12.016/2009. The collective writ of mandamus is treated as genuine collective action under aspects of legitimacy, object and res judicata. Controversial issues as the adequacy of representation, the collective object and the production mode of the collective res judicata are treated in this work. The interpretation of the Constitution should be one that allows the best and broadest safeguard possible to the rights that need protection. The strict interpretation of the possible representatives prevents the collective rights to be adequately protected. Taking into account the fairly and adequate representation of the class, and taking into account the possibility of full collective rights protection, the treatment of the res judicata should be the one that assures that the rights and guarantees are preserved as well as the jurisdictional actions are effective

Keywords: Collective writ of mandamus. Representation. Collective object. Res judicata.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
1.1	MANDADO DE SEGURANÇA: DO INDIVIDUAL AO COLETIVO	11
2	LEGITIMIDADE	20
2.1	LEGITIMIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS	22
2.2	LEGITIMIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	28
2.3	CONTROLE JUDICIAL DA REPRESENTAÇÃO ADEQUADA	30
2.4	LEGITIMIDADE NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO	33
2.5	CONCLUSÕES E PROPOSTAS	42
3	OBJETO	49
3.1	DISTINÇÃO ENTRE DIREITO E INTERESSE	50
3.2	DIREITO COLETIVO, DIFUSO E INDIVIDUAL HOMOGÊNEO: TRATAMENTO DA DOCTRINA ANTES DA EDIÇÃO DA LEI 8.078/1990	52
3.3	DIREITO COLETIVO, DIFUSO E INDIVIDUAL HOMOGÊNEO: A LEI 8.078/1990 (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR)	55
3.4	OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA	58
3.4.1	Direito líquido e certo	59
3.5	OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO	61
3.6	CONCLUSÕES E PROPOSTAS	70
4	COISA JULGADA	78
4.1	FUNDAMENTAÇÃO DA COISA JULGADA	80
4.2	CLASSIFICAÇÕES DA COISA JULGADA	82
4.2.1	Aspecto subjetivo	82
4.2.2	Modo de produção	83
4.3	PROBLEMÁTICA DOS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA	84
4.4	PECULIARIDADES DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS	88
4.5	PROPOSTAS DE ADAPTAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS	90
4.6	REGIME JURÍDICO DA COISA JULGADA COLETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	93
4.6.1	Regime da coisa julgada para os direitos metaindividuais	93
4.6.2	Regime da coisa julgada para os direitos individuais homogêneos	96
4.7	RESTRIÇÃO TERRITORIAL DA COISA JULGADA	97
4.8	CONCOMITÂNCIA E LITISPENDÊNCIA	104

4.9	AUTORIDADE DA COISA JULGADA NO MANDADO DE SEGURANÇA	109
4.10	AUTORIDADE DA COISA JULGADA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO	112
4.11	CONCLUSÕES E PROPOSTAS	115
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	120
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	127

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno coletivo não pode ser ignorado pelo direito. Não apenas o indivíduo isoladamente considerado, mas também a coletividade é titular de direitos e garantias. No plano do direito material, muitos dos direitos coletivos foram reconhecidos a ponto de, no ordenamento jurídico brasileiro, serem previstos constitucionalmente, como é o caso do direito ao meio ambiente sadio, à saúde, à igualdade de tratamento, entre outros. Entretanto, a previsão desses direitos é insuficiente se não forem disponibilizados mecanismos adequados para sua proteção.

A tradição individualista do processo civil reflete o plano do direito material, o qual, por sua vez, é moldado de acordo com contingências históricas, sociológicas e ideológicas. Como ao direito material interessava regular os direitos subjetivos individuais em conflito, o processo civil, desde que surgiu como ciência no final do século XIX, foi estruturado de forma a exercer a tutela jurisdicional desses direitos.¹

O atual momento histórico é permeado pela existência das ações coletivas, pelos direitos de índole constitucional e pelas cláusulas gerais e abertas, que constituem um contraponto ao modelo rígido e formalista do Código de Processo Civil de 1973.² As situações nas quais os titulares de direito são indeterminados e o direito é indivisível encontram obstáculos nos dogmas processuais clássicos, bem como encontra dificuldades a necessidade de ampliação do acesso à tutela jurisdicional, sobretudo quando o legitimado ingressa em juízo na proteção de um todo coletivo, determinado ou não.³

¹ Sobre os direitos individuais e o caráter instrumental do processo civil para a tutela jurisdicional desses direitos, CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. **Revista de Processo**, ano 20, n. 77, p. 224-235, jan./mar. 1995. p. 224-225.

² A utilização de cláusulas gerais e abertas, bem como a prevalência do social, coletivo ou público sobre o indivíduo, também é alvo de críticas. Entende Humberto Theodoro Júnior que a utilização de cláusulas gerais e abertas pelo legislador é uma conduta inaceitável e injustificável, por deixar o indivíduo sujeito à atividade jurisdicional “entregue à sanha e aos azares de quem detém o poder de julgar a conduta individual e social.” JÚNIOR, Humberto Theodoro. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coord.). **Processo civil: aspectos relevantes**. v. 2. São Paulo, Método, 2007. p. 281.

³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Appunti sulle azioni collettive in Brasile: presente e futuro. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, ano LXIV, n. 2, p. 515-527, jun. 2010. p. 515.

As situações de conflito que envolvem mais de um sujeito podem ser resolvidas de diferentes formas. Quando a questão reside apenas na existência de mais de um titular, as regras clássicas preveem os institutos do litisconsórcio e da intervenção de terceiros.⁴ No entanto, quando os titulares são tantos que os institutos clássicos são ineficientes ou quando o titular do direito não se resume a um determinado indivíduo, os institutos clássicos devem ser revistos ou novos devem ser criados para atender a necessidade de tutela jurisdicional.

Os direitos pertencentes a um coletividade ou a um grupo necessitam, da mesma forma que os direitos individuais, de tutela jurisdicional. Vincenzo Vigoriti sustentou no final década de 1970 que a agregação coletiva de direitos não era uma questão nova, peculiar daquele tempo; nova e peculiar era a tutela jurisdicional desses direitos em sua dimensão real, qual seja, enquanto direitos pertencentes à coletividade, e não enquanto a soma de direitos individuais.⁵

A mudança da vida social prima pela adequação da dogmática jurídica – instrumental utilizado para facilitar a compreensão do direito e para tornar mais racional sua aplicação. “Se é verdade que o direito deve ser operado com o objetivo de viabilizar a vida social e que a dogmática jurídica deve ser operada com vistas à melhor aplicação do direito, chegaremos à inarredável conclusão de que a função última da dogmática é viabilizar a vida humana em sociedade.”⁶

A facilidade de comunicação, o acesso ao crédito, a reunião de empresas em grandes conglomerados em virtude de fusões e aquisições, a necessidade de incrementar a produtividade com a redução de custos, a oferta de bens e serviços sem limite geográfico caracterizam não somente o momento atual, mas também as mudanças pelas quais a sociedade passará futuramente.

A dificuldade ou a impossibilidade em numerar todos os direitos coletivos que podem carecer de tutela jurisdicional já foi objeto de reflexão por José Carlos Barbosa Moreira:

⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. In: **Temas de direito processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 110-111.

⁵ VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo**: la legittimazione ad agire. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979. p. 12-16.

⁶ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 2.

Impossível enumerar de maneira exaustiva os interesses do gênero [...], entre outras razões porque o avanço da civilização e o aguçamento progressivo da sensibilidade social vão constantemente revelando, ou iluminando com maior intensidade, problemas e valores antes desconhecidos ou negligenciados. As peculiaridades da vida contemporânea projetam contudo sobre certas espécies, de preferência, o facho das atenções, fazendo-as ganhar espaço, não raro sob revestimento de cores dramáticas, em manchetes de jornais e em noticiários de televisão. É o que hoje acontece, em toda parte, com os interesses relacionados com a defesa do meio ambiente: proteção da flora e da fauna, preservação do equilíbrio ecológico, tutela da paisagem, combate à poluição nas suas diversificadas formas, racionalização do desenvolvimento urbanístico, e assim por diante. Não menos relevantes são os interesses ligados a valores culturais e espirituais, como a segurança do acesso às fontes de informação, a difusão desembaraçada de conhecimentos técnicos e científicos, a criação e manutenção de condições favoráveis à investigação filosófica e ao livre exercício dos cultos religiosos, a proteção dos monumentos históricos e artísticos. Mencionem-se ainda algumas das multiformes necessidades que se vêm fazendo sentir no âmbito da chamada “proteção do consumidor”: honestidade da propaganda comercial, proscricção de alimentos e medicamentos nocivos à saúde, adoção de medidas de segurança para os produtos perigosos, regularidade e eficiência na prestação de serviços ao público.⁷

Da mesma forma que se possibilita a formação de novas relações jurídicas anteriormente inimagináveis, há, por consequência, o reconhecimento de diferentes direitos oriundos dessas relações, para os quais a tutela jurisdicional deve ser garantida quando da violação ou ameaça a direito.

Por um lado, tem-se os direitos coletivamente considerados, direitos subjetivos que são pertencentes a uma grande quantidade de pessoas; por outro lado, surgem os direitos que pertencem à coletividade como um todo, que se situam além da soma dos indivíduos coletivamente considerados. Ambos os direitos, subjetivos e coletivos, devem ser resguardados.

Diante desses direitos, a concepção tradicional dos institutos da legitimação e interesse de agir, da representação e substituição processual, da notificação, do contraditório, dos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, “caem como um castelo de cartas”, para utilizar a analogia de Mauro Cappelletti.⁸

O coletivo não é antagônico ao individual, mas são antes solidários. O coletivo não pertence a uma pessoa individualmente considerada, mas a uma pluralidade de sujeitos que ligados por uma situação em comum. O todo coletivo não é composto pela

⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurídica dos interesses coletivos. In: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 174-175.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, v. 5, p.128, jan. 1977.

soma dos direitos dos indivíduos que compõem a coletividade. Qualquer atuação para a proteção desses direitos não somente resguarda a garantia particular, mas também tutela a coletividade à qual pertence esse direito.⁹

De igual forma, a propositura de uma ação coletiva significa redução de custos e de tempo. A economia de massa, característica dos tempos atuais, também faz surgir conflitos de massa, ou seja, conflitos nos quais milhares de pessoas são envolvidas.¹⁰ Assim, ao invés de serem propostas milhares de demandas individuais para lidar com o conflito de massa, uma única ação pode ser a resposta à tutela jurisdicional pretendida por milhares de pessoas.

Ademais, não se pode esquecer que em muitas situações não é viável uma pessoa, individualmente, ingressar com uma ação, pois o benefício no caso de procedência do pedido é relativamente pequeno em relação ao custo total do litígio a fim de justificar a provocação da atividade jurisdicional. Em muitos casos, quando o objeto da causa for relativamente pequeno em relação ao custo total do litígio, não se justifica a propositura de uma demanda individual que pode extrapolar os custos para ingresso e manutenção do processo.¹¹

Alcides Alberto Munhoz da Cunha já apontou que o estudo dos direitos metaindividuais reveste-se de complexidades e dificuldades. Sustenta que, no Brasil, a instituição das ações coletivas não foi precedida de relevantes discussões doutrinárias ou jurisprudenciais, mas sim a atividade legiferante aproveitou-se de experiências estrangeiras na Itália, na Alemanha e nos Estados Unidos.¹²

⁹ Ainda, acrescenta Clóvis Beznos que “os direitos individuais não podem ser exercidos de sorte a aniquilar os direitos coletivos e [...] ambas as espécies devem compatibilizar-se, para a harmonia social, perseguida como ideal constitucional.” BEZNOS, Clóvis. **Ação popular e ação civil pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989. p. 9-10.

¹⁰ Exemplos trazidos por Celso Agrícola Barbi são os danos causados a milhares de consumidores por pequenos defeitos nos produtos, a fraude publicitária, a adulteração de alimentos, a poluição do ar, das águas, do solo, pelas indústrias, a destruição de belezas naturais ou de objetos de valor histórico ou artístico pelas indústrias, ou pela crescimento das cidades. BARBI, Celso Agrícola. Mandado de segurança na Constituição de 1988. **Revista de Processo**, ano 15, n. 57, p. 7-12, jan./mar. 1990. p. 10.

¹¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coord.). **Processo civil: aspectos relevantes**. v. 2. São Paulo, Método, 2007. p. 374-375.

¹² CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. **Revista de Processo**, ano 20, n. 77, p. 224-235, jan./mar. 1995. p. 224.

A lição, embora datada de meados da década de 1990, ainda é aplicável atualmente. A regulamentação legal das ações coletivas e a interpretação dessas leis pelos Tribunais revelam que a discussão em torno desses direitos é fecunda.

A Lei 12.016/2009, além de trazer nova regulamentação para o mandado de segurança, disciplinou pela primeira vez o mandado de segurança coletivo, cuja introdução no ordenamento jurídico brasileiro deu-se por meio da Carta Constitucional de 1988. Anteriormente à edição da lei, ao *mandamus* coletivo eram aplicadas as regras de outras ações coletivas, notadamente da ação civil pública e da ação popular.

1.1 MANDADO DE SEGURANÇA: DO INDIVIDUAL AO COLETIVO

Para a maioria dos doutrinadores, a Constituição Mexicana de 1917 é apontada como a precursora do *amparo*, instrumento semelhante ao mandado de segurança no direito brasileiro.¹³

Contudo, Alexandre Cruz considera que o ordenamento jurídico brasileiro é o precursor na criação de um instrumento para a proteção em face de qualquer atentado violento ou coação.¹⁴ A Constituição brasileira de 1891 dispôs no § 22 do artigo 72¹⁵ que o *habeas corpus* seria o instrumento de defesa e proteção contra qualquer atentado violento ou contra qualquer coação.¹⁶ Assim, apesar da inexistência de um remédio

¹³ O *juicio de amparo* foi criado no México como uma garantia constitucional apta a proteger o indivíduo contra os atos do Poder Público. Porém, o *amparo* mexicano possuiu um âmbito de aplicação maior que o mandado de segurança brasileiro pois, além de ser forma de impugnação de atos da administração ativa (*amparo administrativo*), pode ser utilizado como instrumento protetor de direitos fundamentais, instrumento para combater leis inconstitucionais e como recurso de cassação. ZANETI JUNIOR, Hermes. **Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controversos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 37-38.

¹⁴ CRUZ, Alexandre. Mandado de segurança. In: CRUZ, Alexandre (org.) **Ações constitucionais: mandado de segurança, habeas data, mandado de injunção, habeas corpus e outros instrumentos de garantia**. Campinas: Millennium Editora, 2007. p. 156-157. Alfredo Buzaid traz raízes mais antigas para o mandado de segurança, umas mais próximas, outras mais remotas, mas todas para assegurar um sistema de equilíbrio na sociedade, como no caso das *seguranças reais* previstas nas Ordenações Manuelinas e Filipinas ou no caso da tutela da posse de direitos pessoais surgida no direito comum, sob a influência do direito canônico, que o estendeu à proteção de todo direito. BUZOID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 25-27.

¹⁵ “Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.”

¹⁶ “Por longa tradição no direito inglês e norte-americano, servia o *habeas corpus* para tutelar o direito de locomoção (*jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*), isto é, garantir a liberdade individual quando limitada arbitrariamente ou cerceada por prisão ilegal. Graças à redação dada pela Constituição de 1891, foi possível prosperar um conceito amplo de *habeas corpus*, abrangendo em seu campo de aplicação casos de

legal específico destinado a tutelar direitos individuais lesionados ou ameaçados de lesão, os juristas, desde o início da República, procuraram uma solução, embora não muito ortodoxa. “À míngua de um instrumento apto, adequado e eficaz, recorreram, para preencher a lacuna da ordem jurídica positiva, ao instituto do *habeas corpus*, que a Constituição de 1891 vinha de sancionar no art. 72, § 22 [...]”.¹⁷

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, aplicando uma interpretação restritiva e formalista, restringiu os limites do *habeas corpus* tão somente à liberdade de locomoção. “O constituinte brasileiro, em primazia no mundo, criou o instituto do amparo. Mas o Supremo assassinou o recém-nascido, tornado o México, efetivamente, o pai da ideia do mandado de segurança.”¹⁸

O instituto, no direito brasileiro, idêntico ou análogo ao *amparo*, ao *mandamus* e à *injunction* foi elevado a garantia constitucional em razão das ideias difundidas nos fins do século XVIII e início do século XIX.¹⁹ Aos direitos garantidos, e elevados à categoria constitucional para significar que todos devem a eles respeito, inclusive o Estado, devem corresponder suas respectivas tutelas; a finalidade estatal deve ser, portanto, a de prover meios idôneos para conseguir a mais completa proteção dos direitos.²⁰

Cabe ao Judiciário controlar os excessos praticados pelo Legislativo e pelo Executivo violadores dos direitos assegurados constitucionalmente ou legalmente. A possibilidade de declaração de inconstitucionalidade da lei e a possibilidade de contestar os atos governamentais em juízo são o reflexo da função jurisdicional no Estado de Direito.²¹

A Constituição Federal de 1934 inseriu no artigo 113, 33, sob a rubrica de “garantias de direitos” o mandado de segurança, nos seguintes termos: “Dar-se-á

prisão militar ou administrativa, de exercício de funções públicas ou de profissão, de intervenção do governo federal nos negócios dos Estados e outros. Esta orientação da jurisprudência foi denominada doutrina brasileira do *habeas corpus*.” BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 28.

¹⁷ BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 27-28.

¹⁸ CRUZ, Alexandre. Mandado de segurança. In: CRUZ, Alexandre (org.) **Ações constitucionais: mandado de segurança, habeas data, mandado de injunção, habeas corpus e outros instrumentos de garantia**. Campinas: Millennium Editora, 2007. p. 157.

¹⁹ BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 3-4.

²⁰ BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 18.

²¹ BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 20.

mandado de segurança para defesa do direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitorias competentes.” Tal previsão constitucional foi posteriormente regulamentada pela Lei 191/1936.

Em 10 de novembro de 1937, o golpe de Estado substituiu a Constituição decretada pelo povo brasileiro por uma “Carta Política”, outorgada pelo Governo, a qual não fazia referência ao mandado de segurança. Contudo, o Decreto-Lei n. 6, de 16 de novembro de 1937, manteve o instituto, mas o limitou em extensão e efeitos.²²

A Constituição de 1946, que restabeleceu os direitos individuais, incluiu o mandado de segurança entre as garantias dos direitos individuais no artigo 141, 24. A Constituição de 1967 repetiu no artigo 153, § 21, quase a mesma redação da Carta anterior: “Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.”

Por fim, a Constituição da República de 1988 manteve o instituto sob o título “dos direitos e garantias fundamentais” com a seguinte redação: “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” (redação do artigo 5º, inciso LXIX). Ao lado do mandado de segurança individual, houve a previsão pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro do mandado de segurança coletivo (artigo 5º, LXX).

Para a utilização do mandado de segurança, os impetrantes – pessoa física ou jurídica, órgão público ou universalidade legal – devem ter prerrogativa ou direito

²² “Art. 16. Continua em vigor o remédio do mandado de segurança, nos termos da lei n. 191 de 16 de janeiro de 1936, exceto a partir de 10 de novembro de 1937, quanto aos atos do Presidente da República e dos ministros de Estado, Governadores e Interventores. Parágrafo único. Os mandados de segurança contra atos das demais autoridades federais são, no Distrito Federal, da competência de um dos três juizes da Fazenda Pública, a que se refere o art. 9º desta lei, e, nos Estados e Territórios, dos juizes da Capital a quem couber o feito nos termos do art. 108 da constituição Federal.”

próprio ou coletivo a defender e que esse direito se apresente líquido e certo ante o ato impugnado.²³

Da mesma forma que a tutela jurisdicional pode objetivar a corrigir a lesão a direito ou preveni-la, o mandado de segurança pode ser utilizado para ambos os fins; para isso, o instrumento pode ser classificado em *repressivo* ou *preventivo*. Repressivo quando impetrado contra uma ilegalidade já cometida; preventivo quando impetrado na ameaça de direito líquido e certo do impetrante. Contudo, não basta a suposição de um direito ameaçado, mas um ato concreto que possa por em risco o direito do postulante, motivo pelo qual, por meio do mandado de segurança, não é possível atacar direito em tese.²⁴

Qualquer ato de autoridade pode ser questionado judicialmente por meio do mandado de segurança, inclusive do Poder Judiciário. Dos atos típicos do Poder Judiciário, isto é, em sua função jurisdicional, não é possível a utilização do *mandamus* para rediscutir as decisões cujos efeitos transitaram em julgado, e não é possível utilizar o mandado de segurança como sucedâneo de recurso ao qual pode ser atribuído efeito suspensivo.²⁵ Dentre suas funções atípicas, também cabe mandado de segurança contra atos administrativos praticados pelo Judiciário.²⁶

Alfredo Buzaid, ao estudar a previsão na Constituição Federal de 1988 do mandado de segurança coletivo, trata-o como um *novo* instituto.²⁷ Por outro lado, na visão de Cássio Scarpinella Bueno, o mandado de segurança coletivo não seria uma nova criação da Carta constitucional, mas apenas uma hipótese para a legitimação para a causa.²⁸

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 27.

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 28. nota de rodapé 6.

²⁵ Dispõe o artigo 5º da Lei 12.016/2009 sobre as hipóteses nas quais não cabe a utilização do *mandamus*: (i) de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução; (ii) de decisão judicial da qual caiba recursos com efeito suspensivo; (iii) de decisão judicial transitada em julgado.

²⁶ BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito processual das coletividades e dos grupos**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992. p. 131.

²⁷ BUZAID, Alfredo. **Considerações sobre o mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 4-5.

²⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 28-29.

A razão está com Alfredo Buzaid. Sob o regime da Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969, o mandado de segurança era havido àquele tempo como *individual*. A partir da Constituição vigente, o mandado de segurança coletivo não significa apenas uma legitimação para a causa distinta do mandado de segurança individual, mas também a possibilidade de tutela, por seu intermédio, a outros direitos que anteriormente não eram protegidos por meio desse instituto.

Até a promulgação da última carta constitucional vigente, o mandado de segurança destinava-se somente à tutela de direitos *individuais* lesados ou ameaçados de lesão por ato ilegal ou abusivo, de autoridade. Já apontou José Carlos Barbosa Moreira que, não raro, sendo a situação jurídica de direito material comum a toda uma categoria de interessados (contribuintes, funcionários públicos, comerciantes etc.), a impetração do mandado de segurança por diversas pessoas originava uma multiplicidade de processos, com sobrecarga para os órgãos jurisdicionais e risco de decisões contraditórias na solução da mesma questão de direito.²⁹

Diversos são os precedentes do Supremo Tribunal Federal anteriores à Carta Constitucional de 1988 que reconhecem não ser possível a entidades de classe (sindicatos, federações e confederações, por exemplo) requerer mandado de segurança com o objetivo de tutelar direitos individuais de seus associados: RMS 525, MS 20.589, MS 1.959, MS 6.899, RMS 13.062, MS 15.912, RE 93.714, MS 20.332, MS 20.381 e MS 20.589. Desses e de outros precedentes é possível extrair o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que somente o titular do direito pode impetrar mandado de segurança para proteger um direito subjetivo, dele próprio e não de terceiros, em consagração à regra do artigo 6º do Código de Processo Civil.

No mesmo sentido são os precedentes do Superior Tribunal de Justiça quando da impetração de mandado de segurança para a tutela de direitos coletivos. No MS 267, o mandado de segurança não foi conhecido pois o impetrante, pessoa física, buscava não a tutela de direito individual, mas a tutela de um direito pertencente à coletividade, a qual somente “reflexamente” beneficiaria o impetrante. No MS 224, o mandado de segurança coletivo impetrado por sindicato não foi conhecido pois

²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 23-24.

objetivava a tutela de direito parte dos associados, e não de *todos* os associados sindicalizados ou partidários indistintamente.

Celso Agrícola Barbi reconhece que, até a Carta Constitucional de 1988, a regra do artigo 6º do Código de Processo Civil era a que prevalecia em relação ao mandado de segurança, ou seja, o *mandamus* somente poderia ser utilizado para proteger direito *subjetivo individual* líquido e certo, sendo legitimado para requerê-lo apenas o titular desse direito. No entanto, afirma o autor que já em 1962, em conferência no Instituto dos Advogados do Brasil, defendia a aplicação do mandado de segurança para a chamada proteção dos interesses legítimos, que, nos seus termos, integram hoje os “interesses difusos” ou “interesses coletivos” ou “direitos coletivos”, com legitimação dos interessados para requerer a medida judicial; esses interesses legítimos, como posteriormente classifica, são aqueles distintos dos direitos subjetivos, aqueles com menor proteção legal do que estes.³⁰

Dessa forma, reconhecida a inovação trazida pela Carta de 1988, é forçoso reconhecer que o mandado de segurança individual e o mandado de segurança coletivo apresentam pontos em comum e diferenças específicas. São pontos em comum a existência do mesmo instrumento de tutela jurídica de direito líquido e certo e a garantia constitucional. Por outro lado, distinguem-se pela legitimidade ativa, pelo objeto e pela natureza do direito ou do interesse jurídico tutelado.³¹

A Lei 12.016/2009 trouxe pela primeira vez no direito brasileiro regulamentação ao mandado de segurança coletivo. O mandado de segurança individual, também objeto de regulamentação pela nova lei, já possuía regulamentação por meio da Lei 1.533/1951. Assim, antes da edição da nova lei do mandado de segurança, a regulamentação do mandado de segurança coletivo ficava a cargo da doutrina e da jurisprudência.

Embora somente “regulamentado” pela Lei 12.016/2009, o mandado de segurança coletivo é mecanismo passível de utilização desde sua previsão constitucional, a despeito das interpretações constitucionais anteriores à Carta

³⁰ BARBI, Celso Agrícola. Mandado de segurança na Constituição de 1988. **Revista de Processo**, ano 15, n. 57, p. 7-12, jan./mar. 1990. p. 7.

³¹ BUZAID, Alfredo. **Considerações sobre o mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 5.

realizadas pelo Supremo Tribunal Federal. Mesmo antes da lei de 2009, o enunciado do artigo 5º, inciso LXX, era imediatamente exequível, aplicando-se, no que fossem compatíveis, as regras da Lei 1.533/1951. Situação semelhante ocorreu com o mandado de segurança individual quando previsto pela Constituição de 1934 e, até 1951, sem regulamentação legal: as declarações de direito, em particular, de um direito processual, com força imperativa, são autoaplicáveis.³²

O mandado de segurança coletivo, previsto no inciso LXX do artigo 5º da CF de 1988 e regulamentado nos artigos 21 e 22 da Lei 12.016/2009, não se presta à defesa de um direito individual, mas de direitos coletivos e direitos individuais homogêneos, de acordo com a dicção legal.

Antonio Gidi trata o mandado de segurança coletivo como uma espécie de mandado de segurança individual. Entretanto, aponta que isso não autoriza a conclusão de que a única diferença entre o instituto individual e o instituto coletivo está na legitimidade para agir, mas sim que o mandado de segurança coletivo trata-se de autêntica ação coletiva. Sustenta que, a Constituição Federal, ao não delimitar o âmbito e a função do mandado de segurança coletivo, mas apenas ao dispor sobre a legitimidade para sua propositura, alterou significativamente sua estrutura.³³

A previsão do mandado de segurança coletivo traz uma nova problemática à ação de caráter eminentemente individualista, com titular já identificado e com direito líquido e certo oriundo de fatos demonstráveis por prova documental pré-constituída.

Teori Albino Zavascki já defendeu que as características do mandado de segurança individual não são plena e automaticamente aplicáveis ao mandado de segurança coletivo. Por um lado, o *mandamus* coletivo é uma ação sumária e, por isso mesmo, deve guardar os contornos essenciais do mandado de segurança individual; por outro, como uma autêntica ação coletiva, deve ser tratada como tal e, sob pena de

³² BUZAID, Alfredo. **Considerações sobre o mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 7.

³³ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 78. Alfredo Buzaid, por outro lado, trata o mandado de segurança individual e o mandado de segurança coletivo como duas espécies separadas. BUZAID, Alfredo. **Considerações sobre o mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 4-5.

comprometer sua própria natureza, seu exame não pode ficar restrito à proteção dos direitos subjetivos individuais.³⁴

A teoria da ação de acordo com a qual ao titular do direito violado ou passível de violação cabe a provocação do judiciário, elaborada no século XIX, é fruto da perspectiva liberal e individualista oriunda da Revolução Francesa.

Todavia, a necessidade de tratar dos reclamos de uma sociedade composta por agrupamentos sociais, classes de indivíduos e coletividades, que nada mais se reúnem para garantir sua existência e subsistência trouxe problemas para a teoria privatística da ação, situação que não passou despercebida pelos processualistas.³⁵

Determinados direitos não podem ser reclamados como pertencentes somente a um indivíduo, mas pertencentes à coletividade da qual esse indivíduo faz parte, como é o caso do direito a um ambiente natural e sadio, o direito à saúde, o direito à segurança, o direito de não ser enganado por publicidades, o direito a não sofrer discriminações sociais, religiosas, raciais etc. Esses e outros direitos não escaparam ao constituinte de 1988.

Da mesma forma que se nota a existência desses direitos, deve-se dar respaldo a sua proteção jurídica. A simples existência do direito, sem a existência dos mecanismos que garantam a proteção desse direito, significa que na prática esses direitos não podem ser usufruídos. Esse é, portanto, o alicerce que deve sustentar a interpretação e a aplicação do mandado de segurança coletivo.

Tratando da peculiaridade das ações coletivas, Kazuo Watanabe afirma que “a natureza verdadeiramente coletiva da demanda depende não somente da legitimação ativa para a ação e da natureza dos interesses ou direitos nela vinculados, como também da causa de pedir invocada e do tipo e abrangência do provimento jurisdicional postulado, e ainda da relação de adequação entre esses elementos objetivos da ação e a legitimação *ad causam* passiva”³⁶.

³⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 223.

³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, v. 5, p.128 e ss., jan. 1977.

³⁶ WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. **Revista de Processo**, ano 17, n. 67, p. 15-25, jul./set. 1992.

Antonio Gidi define a ação coletiva e traz os elementos que a diferenciam da ação individual. O autor conceitua a ação coletiva como “ação proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada)”³⁷.

O processo não existe por si só, mas para resolver os conflitos de interesses da sociedade. A par da função privada do processo, de acordo com a qual o direito serve para resolver, de um lado, a satisfação do anseio do demandante, e do outro, como garantia individual do demandado contra arbitrariedades, o processo possui uma função pública, que é a satisfação da coletividade e o fortalecimento da paz jurídica.³⁸ Uma das formas de ser realizada a função social é, dessa forma, por intermédio da realização da soma dos fins individuais; outra forma é, por intermédio da realização dos fins coletivos, a realização dos anseios individuais, função que cabe aos instrumentos de tutela coletiva.

Desse modo, o mandado de segurança coletivo não pode ser estudado sob a perspectiva da tutela de direitos individuais, mas sim por meio dos elementos peculiares que distinguem o processo individual do processo coletivo, quais sejam, *legitimidade, objeto de tutela jurisdicional e extensão subjetiva da coisa julgada*.

³⁷ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 16.

³⁸ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958. p. 145.

2 LEGITIMIDADE

A legitimação para agir (*legitimatío ad causam*) é, ao lado do interesse processual, uma das condições da ação, sem a qual não é possível o exame do mérito e, por isso, deve ser objeto de investigação preliminar, ainda que de forma implícita no momento do julgamento da demanda.³⁹ Para que haja o acolhimento ou a rejeição do pedido por parte do juiz, primeiramente devem estar presentes essas condições. “Elas podem, por isso, ser definidas também como condições de admissibilidade do julgamento do pedido, ou seja, como condições essenciais para o exercício da função jurisdicional com referência à situação concreta [*concreta fattispecie*] deduzida em juízo.”⁴⁰

O titular do direito violado ou ameaçado de violação possui legitimidade para atuar em juízo em busca de tutela jurisdicional. “Como direito de invocar a tutela jurisdicional, a ação apenas pode pertencer àquele que invoca *para si*, com referência a uma relação jurídica da qual seja *possível* pretender uma razão de tutela a seu favor.”⁴¹

A *legitimação ordinária* ocorre quando há identidade entre aquele que propôs a ação e aquele que cujo direito próprio é levado a juízo. Ocorre *legitimação extraordinária* quando, nos casos previstos legalmente, é reconhecido a um terceiro o direito de perseguir em juízo um direito alheio.⁴²

³⁹ “A partir de quando, na famosa aula inaugural [proferida na Universidade de Turim no ano de 1949], Liebman deu por construída a sua teoria da ação, extraordinário prestígio essa colocação passou a desfrutar na doutrina brasileira. Entre os mais fiéis adeptos do Mestre, conta-se Alfredo Buzaid, o qual, na condição de autor do Anteprojeto que veio a dar no Código vigente, incluiu as conhecidas *três condições* hauridas na doutrina liebmaniana (possibilidade jurídica, legitimidade *ad causam*, interesse de agir) [...]. Sucede que, tendo entrando em vigor na Itália, no ano de 1970, a lei que instituiu o divórcio, (lei n. 898, de 1.12.70), na 3ª edição do seu *Manuale* o autor sentiu-se desencorajado de continuar a incluir a *possibilidade jurídica* entre as condições da ação (afinal, esse era o principal exemplo de impossibilidade jurídica da demanda); e nisso tudo vê-se até certa ironia das coisas, pois no mesmo ano de 1973, em que vinha a lume o novo Código de Processo Civil brasileiro, consagrando legislativamente a teoria de Liebman com as suas três condições, surgia também o novo posicionamento do próprio pai da idéia, renunciando a uma delas.” LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**, 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984. p. 160-161. nota do tradutor 106.

⁴⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**, 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984. p. 154.

⁴¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**, 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984. p. 157-158.

⁴² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**, 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984. p. 159-160.

Aquele que postula em juízo direito alheio o faz em caráter excepcional por meio do que Giuseppe Chiovenda denominou de *substituição processual*.⁴³ Assim, substituto processual é aquele que defende no processo, em nome próprio, direito alheio, e substituído aquele que não faz parte do processo.

De acordo com Enrico Tullio Liebman, o instituto da substituição processual é uma forma de legitimação extraordinária. Enquanto na figura da representação o representante exerce a ação do representado em nome e por conta deste, não sendo parte na causa, o substituto processual o faz *em nome próprio*, embora o direito pertença a outrem de acordo com as regras ordinárias; “isso se dá em atenção a um seu *especial interesse pessoal*, que pode ser qualificado como interesse legítimo reconhecido pela lei através da permissão, que lhe dá, de agir em juízo para a tutela de um direito alheio.”⁴⁴ Assim, o substituto processual, como detentor do direito de ação, também sofre os efeitos da sentença juntamente com o legitimado primário.

Ainda, conforme o autor, uma segunda figura da substituição processual é a *substituição oficiosa*, a qual ocorre nos casos nos quais a legitimação para agir é conferida ao Ministério Público, conforme o artigo 69 do *Codice de Procedura Civile*: “*il pubblico ministero esercita l’azione civile nei casi stabiliti dalla legge.*”⁴⁵ Semelhante disposição legal consta no ordenamento brasileiro no artigo 81 do Código de Processo Civil: “o Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes.”

O substituto processual pratica todos os atos processuais permitidos às partes da relação jurídica processual, como a produção de provas e a interposição de recursos, e mesmo a propositura e a contestação de uma ação. No entanto, como o direito material não lhe pertence, não pode o substituto praticar atos de disposição

⁴³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 252-253.

⁴⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**, 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984. p. 160.

⁴⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**, 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984. p. 139.

desse direito, como a transação, a renúncia e o reconhecimento jurídico do pedido, salvo expressa anuência do substituído.⁴⁶

Por fim, importante é a distinção trazida por Enrico Tullio Liebman entre o conceito de *parte* e o problema de legitimação para agir. A legitimação para agir consiste na identificação das *justas partes*, ou *legítimos contraditores*, com referência a determinado objeto; por outro lado, partes no processo são aqueles que de fato são seus sujeitos, seja integrando o polo ativo, seja integrando o polo passivo, e essa qualidade independente da circunstância de serem ou não, em relação à ação proposta, também as partes legítimas.⁴⁷

2.1 LEGITIMIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS

A regra de acordo com a qual ninguém pode pleitear um direito alheio em juízo possui raízes liberais, liberdade essa do iluminismo e da Revolução Francesa que se justifica também pela possível invasão da esfera do indivíduo que está em juízo.⁴⁸ Assim, a regra clássica de legitimação define que o autor é o próprio titular do direito levado a juízo ou, em outros termos, o titular do direito de ação repousa na mesma figura do titular do direito material (artigo 6º do Código de Processo Civil).

Nas ações coletivas, por outro lado, busca-se um legitimado, que não é necessariamente o titular do direito material, para adequadamente ingressar em juízo em defesa dos direitos de uma coletividade, de um grupo ou mesmo da sociedade.

A lesão ou ameaça de lesão simultânea a várias ou numerosas pessoas em virtude da ação ou omissão do mesmo agente necessita de um tratamento especial em relação àquele que pode ingressar com uma demanda judicial. Entretanto, pode ocorrer que na maioria da vezes as pessoas lesadas estejam em situação imprópria ou

⁴⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 191.

⁴⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**, 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984. p. 90.

⁴⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coord.). **Processo civil: aspectos relevantes**. v. 2. São Paulo, Método, 2007. p. 375. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. v. 4. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 203.

inadequada para conseguir a tutela jurisdicional em face daqueles que praticaram ou irão praticar o ato lesivo. O receio da demora no julgamento da ação e os custos envolvidos com o litígio, desde o pagamento de advogado até o pagamento das despesas processuais, podem impedir o prejudicado de agir em juízo. Dessa forma, em virtude da natureza coletiva que podem adquirir esses direitos, é necessário fugir da orientação tradicional da legitimação ativa para uma legitimação de caráter coletivo.⁴⁹

Para as ações coletivas, a identificação das partes que podem adequadamente atuar em juízo não se resume apenas à averiguação do titular do direito material carente de tutela jurisdicional. Contudo, a escolha daqueles que podem atuar em juízo na defesa de um direito coletivo é delicada, na medida em que o resultado do julgamento pode afetar aqueles que não participaram da relação jurídica processual.

Assim, para explicar a atuação jurisdicional daquele que não é o titular do direito material, três correntes procuram definir a natureza jurídica da legitimação nas ações de índole coletiva: (i) legitimação extraordinária por substituição processual; (ii) legitimação ordinária das “formações sociais”; (iii) legitimação autônoma para a condução do processo.⁵⁰

Conforme a tese de substituição processual, defendida por José Carlos Barbosa Moreira, a legitimação nas ações coletivas independe de expressa autorização legal, mas sim deve ser reconhecida por meio da interpretação de todo o sistema jurídico. O sistema poderia aceitar que a simples menção de legitimado diverso do titular do direito, ou a autorização legal (artigo 513 do Decreto-Lei 5.452/1943, por exemplo) – mesmo não sendo expressa e taxativa a substituição – significaria a abertura para a legitimação extraordinária. Ao contrário do sistema italiano, que de acordo com o artigo 81 do *Codice di procedura civile* necessita de autorização expressa para que haja a substituição processual (“*fuori dei casi espressamente previsti*

⁴⁹ OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.) **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984. p. 11.

⁵⁰ Teresa Arruda Alvim Wambier não faz distinção entre legitimação ordinária e legitimação autônoma, mas reconhece que a legitimação para a tutela dos direitos metaindividuais é uma forma de legitimação especial distinta da legitimação extraordinária. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Appunti sulle azioni collettive in Brasile: presente e futuro*. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, ano LXIV, n. 2, p. 515-527, jun. 2010. p. 521.

dalla legge, nessuno puo' far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui”), o sistema brasileiro não prevê a obrigatoriedade de disposição expressa.⁵¹

Acelino Rodrigues Carvalho considera que a titularidade da ação é aquela definida em lei, de acordo com a qual pode haver ou não coincidência subjetiva entre o titular do direito material e o titular do direito de ação. Havendo previsão no ordenamento jurídico para alguém postular em juízo a tutela de determinado direito, esse sujeito enquadrar-se-ia na categoria de parte legítima.⁵²

Para Hugo Nigro Mazzilli, a legitimação é sempre extraordinária quando alguém, em nome próprio, defenda direito alheio, pouco importando se o titular do direito é pessoa determinada ou um grupo de pessoas. O autor considera que como o pedido de uma ação coletiva visa não apenas à tutela do direito do autor, mas à tutela de todo o grupo lesado, os legitimados também zelam por direitos transindividuais de todo o grupo, classe ou categoria de pessoas, e não poderiam fazê-lo sem expressa autorização legal. Assim, o fenômeno da legitimação extraordinária prepondera ainda que, em parte, alguns legitimados possam atuar nas ações coletivas também para defender direito próprio, englobado no pedido coletivo.⁵³

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes também entende que a legitimação nas ações coletivas é extraordinária, na medida em que os legitimados atuam em juízo, em nome próprio, defendendo direitos alheios, embora eventualmente haja a possibilidade de, quando cabível, o titular do direito ingressar em juízo na defesa de seu direito próprio.⁵⁴

Dentro da segunda corrente, Kazuo Watanabe e Rodolfo de Marcado Mancuso defendem a *legitimação ordinária* das associações e outros corpos intermediários criados para a tutela dos direitos difusos, algo possível por meio da

⁵¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. In: **Temas de direito processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 111.

⁵² CARVALHO, Acelino Rodrigues. A natureza da legitimidade para agir no sistema único de tutelas coletivas: uma questão paradigmática. In: GOZZOLI, Maria Clara. *et al.* **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 33.

⁵³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 63-69.

⁵⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 268-269.

interpretação constitucional e por meio de uma leitura ampla do artigo 6º do Código de Processo Civil.⁵⁵

Expõe Kazuo Watanabe⁵⁶ que a Constituição Federal estimula a criação de associações e sindicatos por meio de seus dispositivos (artigos 153, § 28, e 166⁵⁷) e, por conseguinte, o constituinte provoca o auxílio dos membros da coletividade ao estimular a criação espontânea de corpos sociais que possam apoiar propósitos diversos, entre eles a tutela dos direitos difusos. Ainda, a Carta, ao estimular a solidariedade (artigos 160 e 176⁵⁸), o faz de forma que a organização das associações, muito mais que retoricamente e para fins recreativos, seja com o fim de realização do bem-estar da coletividade, com a ressalva de que dentre os objetivos do artigo 160 estão o *desenvolvimento nacional* e a *justiça social*.⁵⁹

A partir do momento em que é um fim lícito das associações a defesa do meio ambiente, dos valores culturais, do consumidor e de outros direitos difusos, não seria possível negar a elas a proteção desses direitos em juízo. Dessa forma, a própria Constituição assegura a essas mesmas associações todo o instrumental necessário à consecução dos fins perseguidos, inclusive o acesso ao Judiciário.⁶⁰

Sob essa mesma óptica, entende José Carlos Barbosa Moreira que, reconhecido o interesse coletivo como algo distinto da soma dos interesses individuais, a existência de uma associação para defender esse interesse legitimar-se-ia em caráter

⁵⁵ WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.) **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984. p. 94. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 298-299.

⁵⁶ Ressalve-se que o autor tratou do tema ainda sob a égide da Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional n. 1 de 1969; conseqüentemente, os dispositivos apontados autor são dessa Carta constitucional.

⁵⁷ Artigo 153, § 28. É assegurada a liberdade de associação para os fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de decisão judicial. Artigo 166. É livre a associação profissional ou sindical; a sua constituição, a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas de poder público serão regulados em lei.

⁵⁸ Artigo 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] IV - harmonia e *solidariedade* entre as categorias sociais de produção; [...]. Artigo 176. A educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e *solidariedade* humana, é direito de todos e dever do Estado, e será dada no lar e na escola. [...].

⁵⁹ WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.) **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984. p. 90-91.

⁶⁰ WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.) **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984. p. 91-92.

ordinário, de acordo com os princípios comuns, quando postulasse em juízo a respectiva proteção.⁶¹

Antonio Gidi defende que as propostas originariamente formuladas por José Carlos Barbosa Moreira e Kazuo Watanabe não são mais necessárias após a edição das Leis 7.347/1985 e 8.078/1990. A legitimação concorrente de várias entidades, públicas e privadas, foi a opção legislativa para evitar a centralização de poder nos chamados “corpos intermediários”, além de, em conjunto com outras previsões legais, evitar qualquer espécie de fraude no processo.⁶²

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. sustentam também que, após a edição da Lei 8.078/1990, de *lege ferenda*, não se necessita de construções doutrinárias para a efetiva tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, bastando a já aceita legitimação por substituição processual.⁶³

Por fim, em relação à última corrente, a legitimação autônoma para a condução do processo (*selbständige Prozessführungsbefugnis*) consiste em uma espécie de legitimação objetiva, independente da relação jurídica de direito material. De acordo com Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, a figura da *substituição processual* pertence exclusivamente ao direito individual e, por consequência, ao processo civil individual; os direitos difusos e coletivos, porque possuem como característica a não individualidade, devem ser regidos por outro sistema, pois não se pode substituir *coletividade* ou *pessoas indeterminadas*. “Por essa legitimação autônoma para a condução do processo, o legislador, independentemente do conteúdo de direito material a ser discutido em juízo, legitima pessoa, órgão ou entidade a conduzir o processo judicial no qual se pretende proteger o direito difuso ou coletivo.”⁶⁴

⁶¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.) **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984. p. 101.

⁶² GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 35-36.

⁶³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. v. 4. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 198.

⁶⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 190.

Embora os autores sustentem a legitimação autônoma para a condução do processo nas ações coletivas, fazem a ressalva que, se fosse necessário explicar a defesa de interesse social, que se trata de direito difuso, sob a perspectiva clássica do direito individual (legitimação ordinária e extraordinária), a legitimação para a defesa do interesse social seria sempre ordinária, pois não se pode substituir processualmente a sociedade, titular de direito difuso ou coletivo.⁶⁵

Luiz Guilherme Marinoni argumenta, ao também adotar a legitimação autônoma para a condução do processo, que se o direito pertence à comunidade ou à coletividade, caso dos direitos coletivos, a noção de direito transindividual rompe com noção de que o direito ou é próprio ou é alheio. Assim, em virtude da superação da classificação individualista entre direito próprio e direito alheio, não possui validade a divisão da legitimidade em ordinária e extraordinária para a explicação da legitimação à tutela dos direitos transindividuais. Por esse motivo, seria adequado falar em legitimação autônoma para a condução do processo o caso de tutela jurisdicional dos direitos coletivos.⁶⁶

Por outro lado, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Júnior afirmam que, em relação aos direitos individuais homogêneos, passíveis de tutela jurisdicional coletiva, não se trata de legitimação autônoma para a condução do processo, mas sim de substituição processual, uma vez que as pessoas titulares do direito são determinadas. Apenas por ficção jurídica os direitos individuais seriam qualificados de *homogêneos*, a fim de que possam, também, ser defendidos em juízo por ação coletiva. Na essência, eles não perderiam a sua natureza de direitos individuais, mas ficam sujeitos ao regime *especial* de legitimação no processo civil coletivo (Constituição

⁶⁵ O autores concluem com alguns exemplos de defesa de interesse social, os quais, a princípios, seriam exemplos de legitimação autônoma para a condução do processo: (i) ajuizamento pelo Ministério Público de ação civil pública para defesa de direitos difusos ou coletivos e ajuizamento de ações de suspensão e destituição do poder familiar, remoção do tutor, guardião e curador, na justiça da infância e da juventude (artigo 201, III, da Lei 8.069/1990); (ii) ação proposta por loteador ou vizinhos destinada a impedir construção em desacordo com a lei ou com o contrato (artigo 45 da Lei 6.766/1979); (iii) ação proposta por ascendentes e representantes legais para anular casamento de menor de 16 anos (artigo 1552, II e III, do Código Civil); (iv) ação popular proposta por cidadão (artigo 1º da Lei 4.717/1965). NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 192.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 89-90.

Federal, Lei 7.347/1985 e Lei 8.078/1990) bem como ao sistema da coisa julgada do processo coletivo (artigo 103, III, da Lei 8.078/1990).⁶⁷

Sobre a legitimação para a defesa de direitos individuais homogêneos, Antonio Gidi faz a ressalva de que, embora a doutrina considere a atuação dos legitimados como legitimação extraordinária – mesmo aqueles autores que consideram a legitimidade para a tutela de direitos metaindividuais como legitimação ordinária –, não há diferença ontológica entre as ações a depender do direito a ser tutelado. Sustenta que há sempre um titular, seja a comunidade, a coletividade ou o conjunto de vítimas, e um outro legitimado a atuar em juízo. Mesmo no caso dos direitos individuais homogêneos, nas ações coletivas, o titular é o conjunto de vítimas indivisivelmente considerado, e não cada uma das vítimas é titular de seu direito individual.⁶⁸

2.2 LEGITIMIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro adota três técnicas de legitimação. Pode o *particular* ingressar em juízo, nos termos do artigo 1º da Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista e de sociedades nas quais haja subvenção pelos cofres públicos. A ação popular pode ser considerada o primeiro instrumento de tutela de direitos coletivos, pois, por meio dela, o cidadão tem a possibilidade de participar diretamente na administração da coisa pública.

Podem também ingressar em juízo da defesa de direitos coletivos *pessoas jurídicas de direito privado* (sindicatos, associações, partidos políticos, por exemplo) e *pessoas jurídicas de direito público* (Ministério Público, exemplificadamente). Para ambos os casos, a previsão legal encontra-se na Lei 7.347/1985 (Lei das Ações Cíveis Públicas) e na Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

⁶⁷ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 190-191.

⁶⁸ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 42-43.

As disposições previstas para a defesa do consumidor em juízo na Lei 8.078/1990 também são aplicáveis às ações civis públicas de modo geral, por expressa previsão legal (artigo 21 da Lei 7.347/1985). Dessa forma, a legitimidade para agir das pessoas jurídicas deve ser estudada em ambas simultaneamente.

Para a defesa dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos (definidos pelo artigo 81 da Lei 8.078/1990), os entes legitimados a ingressar em juízo são aqueles definidos pelo artigo 82, quais sejam, em regra⁶⁹, no direito brasileiro, o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica e as associações legalmente constituídas.

Ainda, o artigo 5º da Lei 7.347/1985, alterado pela lei 11.448/2007, define os legitimados a ingressar com ação civil pública. São legitimados o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil (requisito que pode ser dispensado pelo juiz nos termos do § 4º do mesmo artigo) e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Justifica-se, a princípio, a opção do legislador brasileiro em atribuir legitimidade a pessoas jurídicas de direito público e de direito privado, que não necessariamente titulares do direito lesado ou ameaçado de lesão. É reconhecido que somente atribuir legitimação àquele que foi direta e pessoalmente prejudicado não é satisfatório para a justa e adequada tutela dos direitos coletivos. A partir do instante em que aquele que sofre um dano individual não pode ingressar em juízo a fim de obter sua reparação, muito menos o pode fazer de forma a tutelar adequadamente a violação de direitos da coletividade.⁷⁰

⁶⁹ Excepcionalmente, a Lei 6.001/1973 (Estatuto do Índio), em seu artigo 38, prevê que “os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio”.

⁷⁰ OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.) **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984. p. 18.

José Carlos Barbosa Moreira considera que a decisão de permitir a conjugação de esforços entre órgãos públicos e instituições privadas é acertada, sobretudo quando se admite a combinação desses legitimados em diversos tipos e graus.⁷¹

Em razão do número de titulares, da complexidade ou da impossibilidade de sua definição, é impossível atribuir a legitimação a todos os titulares na forma de litisconsórcio necessário. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a legitimação *concorrente*, de acordo com a qual todos os legitimados ficam autorizados a agir em juízo na defesa dos direitos coletivos, quer isoladamente, quer na forma de litisconsórcio voluntário com os demais legitimados.

No direito brasileiro, essa solução é adotada pela Lei 4.717/1965. De acordo com os §§ 4º e 5º do artigo 6º, o Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, e é facultado a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da ação popular. Ademais, pode o Ministério Público, em determinadas circunstâncias, assumir a ação, seja quando o autor desiste da ação ou quando a ação é extinta sem julgamento do mérito, oportunidade na qual pode interpor recurso (artigo 9º). Previsões semelhantes são encontradas na Lei 7.347/1985 (artigo 5º, §§ 1º e 2º).

2.3 CONTROLE JUDICIAL DA REPRESENTAÇÃO ADEQUADA

No direito brasileiro, parcela da doutrina defende que a averiguação da legitimidade para a propositura de ações coletivas toma por base somente a previsão legal. Não poderia o magistrado, por exemplo, afirmar que determinado legitimado não é o representante adequado para atuar no processo. Consequentemente, de acordo com essa interpretação, o rol definido em lei tem presunção absoluta em relação à adequada representação.⁷²

⁷¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 165.

⁷² Elton Venturi defende que o controle da representação adequada no direito brasileiro não é pertinente, tampouco conveniente. VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil; perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 227.

Ainda, adotando-se a tese de que o direito brasileiro não admite o controle judicial da representação adequada, a incompetência ou negligência do representante do grupo, comunidade ou coletividade não seria motivo suficiente para a extinção do processo sem resolução do mérito. Ultrapassada a “barreira” da propositura da ação, mesmo que a atuação do legitimado no curso do processo seja contrária aos direitos coletivos levados a juízo, não haveria óbice ao julgamento de improcedência do pedido.

Todavia, não é esse o entendimento que deve prevalecer. Não obstante o direito brasileiro não tenha previsão expressa para o controle judicial da representação adequada,⁷³ é dever do juiz detectar em qualquer momento do processo eventual inadequação daquele que atua na defesa dos direitos coletivos. A atuação do magistrado no direito brasileiro não pode ser totalmente alheia ao controle judicial da atuação da parte em juízo.⁷⁴

Em um primeiro momento, averiguada a conduta inadequada pelo magistrado, deve-se proporcionar prazo e oportunidade para que haja a substituição do legitimado por outro. Caso não seja possível essa substituição, deve o juiz extinguir o processo sem resolução de mérito.⁷⁵

Nos Estados Unidos, o controle judicial da representação adequada está previsto em lei.⁷⁶ Para que uma ação seja aceita como coletiva, é requisito essencial que o candidato proteja adequadamente os direitos coletivos em juízo e o interesse de seus titulares. Trata-se de uma consequência do devido processo legal em relação aos

⁷³ “O assim chamado ‘Projeto Bierrenbach’, que serviu de parâmetro à atual LACP, adotava o critério de ampla margem de liberdade ao magistrado para aferir a representatividade adequada do autor coletivo. Combinando os institutos da *class action* norte-americana com os da *civil law*, o projeto indicava a pré-constituição e os objetivos institucionais apenas como dados, dentre outros, a serem utilizados pelo magistrado na avaliação da efetiva representatividade da associação autora. O anteprojeto elaborado pelo membros do Ministério Público de São Paulo que se transformou na atual LACP, de certa forma, *objetivou* os critérios de aferição da representatividade das associações, diminuindo consideravelmente os poderes do magistrado.” GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 62-63. nota de rodapé 155.

⁷⁴ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, ano 27, n. 108, p. 61-70, out./dez. 2002. p. 65.

⁷⁵ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, ano 27, n. 108, p. 61-70, out./dez. 2002. p. 68.

⁷⁶ Regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure*: “a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: [...] (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.”

membros que não participam da relação jurídica processual e, por conseguinte, indispensável para que possa haver vinculação à imutabilidade do comando da decisão judicial (coisa julgada).⁷⁷

Por meio do requisito da representação adequada, evita-se também o conluio entre o representante e a parte adversa, é incentivada uma conduta ilibada do representante e são assegurados os reais interesses dos membros ausentes em juízo. “O objetivo, em última análise, é assegurar tanto quanto possível, que o resultado obtido com a tutela coletiva não seja diverso daquele que seria obtido se os membros estivessem defendendo pessoalmente os seus interesses.”⁷⁸

Na primeira fase da análise da adequada representação, verifica-se se há autorização legal, ou, no caso do direito brasileiro, se o representante está presente no rol de legitimados previstos legalmente para propor a demanda. Em um segundo momento, o magistrado realiza o controle da adequada representação de acordo com o caso concreto para verificar se estão presentes os elementos que asseguram a adequada atuação da parte no decorrer de todo o processo.

No direito norte-americano, não há preclusão da questão da representação adequada, mesmo após o trânsito em julgado da decisão. Se não houve adequada representação do grupo ou de alguns de seus membros, uma futura ação, individual ou coletiva, pode estabelecer a inadequação da representação. Consequentemente, a imutabilidade do comando da decisão judicial não atinge o grupo ou os membros que não foram adequadamente representados na ação coletiva.⁷⁹

Ada Pellegrini Grinover, outrora contrária à adoção do controle da adequada representação no sistema brasileiro, reconhece, por conciliar as garantias do devido processo legal com as ações coletivas, que a representação adequada tem fundamento constitucional. O mecanismo do controle judicial da representação adequada é apto a garantir a melhor defesa dos membros do grupo que não fazem parte da relação jurídica processual, de modo que se pode afirmar que não se está presente diante de

⁷⁷ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 99.

⁷⁸ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 100.

⁷⁹ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, ano 27, n. 108, p. 61-70, out./dez. 2002. p. 66-67.

real exceção aos limites subjetivos da coisa julgada, mas antes diante de um novo conceito de representação substancial e processual, adaptado às novas exigências emergentes da sociedade.⁸⁰

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. apontam que entre os vários critérios para a verificação da representatividade adequada, um dos exemplos é o vínculo de afinidade temática entre o legitimado e o objeto litigioso, característica que toma o nome, no Supremo Tribunal Federal, de “pertinência temática”, à semelhança do que ocorre com os legitimados a propor ações diretas de inconstitucionalidade.⁸¹

2.4 LEGITIMIDADE NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

A conceituação do mandado de segurança coletivo pela doutrina, bem como a redação do permissivo constitucional, permitem inferir, a princípio, a figura dos legitimados a impetrar o *mandamus*.

Enquanto o enunciado do artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal, contém todos os elementos que definem o mandado de segurança *individual*, o permissivo constitucional do mandado de segurança coletivo somente o caracteriza por meio daqueles que podem utilizá-lo. Assim, enquanto no mandado de segurança individual, o impetrante é sempre pessoa física ou jurídica que atua em nome próprio e por seu direito ameaçado ou violado, no mandado de segurança coletivo os legitimados são o partido político, a organização sindical, a entidade de classe ou a associação legalmente constituída, na defesa de direitos de seus membros ou associados.⁸²

Em virtude da redação do dispositivo constitucional, Alfredo Buzaid, ao definir o mandado de segurança coletivo, entende que o texto constitucional limita aqueles legitimados a utilizar o *mandamus* coletivo: “pode definir-se o mandado de segurança coletivo, dizendo que é uma ação judicial impetrada por partido político,

⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. In: **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 57-58

⁸¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. v. 4. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 212.

⁸² A possibilidade de defesa dos direitos dos associados ou membros não impede também que as entidades previstas no dispositivo constitucional também autem em nome próprio. BUZAID, Alfredo. **Considerações sobre o mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 10.

organização sindical, entidade de classe ou associação constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, fundando-se em direito líquido e certo ameaçado ou violado por ilegalidade ou abuso de poder, praticado por autoridade pública.”⁸³ Ainda, em outra passagem, sustenta que “o problema da legitimidade para agir foi expressamente resolvido na Constituição, que definiu que partes podem impetrar o mandado de segurança coletivo. A virtude desta norma está não só em caracterizar quem é parte legítima para impetrar mandado de segurança coletivo, mas também em excluir tal possibilidade a qualquer outra parte para fazê-lo com fundamento no art. 5º, LXX, da Constituição. Esta regra, pois, *inclui* os que podem agir e exclui todos os demais não indicados no preceito constitucional.” Em outros termos, sustenta o autor que a previsão constitucional dos legitimados é taxativa.⁸⁴

Alfredo Buzaid argumenta que a previsão constitucional das letras *a* e *b* do artigo 5º, LXX, criou casos de legitimação extraordinária, que se enquadram na doutrina da substituição processual, porque as pessoas indicadas agem em nome próprio por direito de terceiros, ou seja, a titularidade da ação não coincide com a titularidade da relação jurídica controversa. Completa que esse ponto de vista foge da concepção liberal, mas, sob o prisma dos direitos sociais, fenômeno da segunda metade do século XX, a previsão constitucional está em harmonia com as tendências contemporâneas nas quais o social está acima do individual.⁸⁵

Ainda sobre a questão da legitimidade, o autor aponta que, determinada a legitimidade por meio do permissivo constitucional, o titular do direito material não tem legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo, porque tal poder compete única e exclusivamente às pessoas jurídicas mencionadas na Constituição, e não houve previsão de legitimidade ativa concorrente. Entretanto, ressalva que nada impede que o titular da relação jurídica controversa intervenha como terceiro no mandado de segurança coletivo, demonstrando seu interesse jurídico de que a sentença seja favorável à parte a quem pretende auxiliar (artigo 50 do Código de Processo

⁸³ BUZOID, Alfredo. **Considerações sobre o mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 9-10.

⁸⁴ BUZOID, Alfredo. **Considerações sobre o mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 51.

⁸⁵ BUZOID, Alfredo. **Considerações sobre o mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 57-58.

Civil). “Esta intervenção *ad adjuvandum* pressupõe uma conexão entre a relação jurídica ajuizada e a relação jurídica de que o interveniente é titular.”⁸⁶

José Cretella Júnior defende que o dispositivo do mandado de segurança coletivo trata especificamente da figura da substituição processual, ao permitir que o partido político, a organização sindical, a entidade de classe e a associação impetrem mandado de segurança coletivo para, agindo em nome próprio, defender direitos líquido e certo de seus membros ou associados.⁸⁷ Entende, contudo, que o direito líquido e certo deve pertencer a *toda* uma categoria ou à *maioria* dos membros da categoria, e não apenas à proteção do direito de um ou de alguns membros da entidade impetrante, e desde que haja autorização expressa dos membros que compõe a entidade.⁸⁸

Uadi Lammêgo Bulos sustenta a taxatividade do permissivo constitucional ao definir os legitimados à impetração do *mandamus*. Ademais, o autor defende que, em relação aos partidos políticos, o mandado de segurança coletivo somente pode ser utilizado para os casos compatíveis com o artigo 1º da Lei 9.096/1995. Se estiverem satisfeitos os requisitos definidos em lei, os partidos políticos possuem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança coletivo. Para os sindicatos, entidades de classes e associações, entende o autor que podem impetrar mandado de segurança coletivo para proteger direito líquido e certo de toda a categoria, e não para assegurar direitos de uns ou de alguns sujeitos individualizados.⁸⁹

Os autores anteriormente mencionados interpretaram a legitimidade ativa para a impetração do *mandamus* coletivo somente por meio do dispositivo constitucional, dado que não havia ainda regramento infraconstitucional do *writ* coletivo. No entanto, a atual interpretação da legitimidade ativa para a impetração do *writ* deve passar também pela análise da Lei 12.016/2009, que, por meio do artigo 21, disciplina a matéria da seguinte forma: “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por

⁸⁶ BUZOID, Alfredo. **Considerações sobre o mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 58-59.

⁸⁷ CRETILLA JÚNIOR, José. **Do mandado de segurança coletivo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 58.

⁸⁸ CRETILLA JÚNIOR, José. **Do mandado de segurança coletivo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 79.

⁸⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 7. ed. rev. e atual. até a emenda constitucional n. 53/2006. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 374-376

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.”

Primeiramente, de acordo com o *caput* do dispositivo citado, houve uma restrição quanto à atuação dos partidos políticos em relação à previsão constitucional. Enquanto o permissivo constitucional não traz qualquer restrição à legitimidade conferida aos partidos políticos para a impetração do mandado de segurança coletivo, a lei restringiu sua atuação à defesa de interesses legítimos de seus integrantes ou à finalidade partidária.

A redação restritiva do dispositivo infraconstitucional é facilmente afastada em virtude de trazer um óbice não previsto constitucionalmente. A partir do momento em que a Constituição não prevê qualquer restrição à legitimação do partido político, não pode lei infraconstitucional apresentar qualquer obstáculo. Assim, é inconstitucional o dispositivo legal que procura restringir a atuação dos partidos políticos como legitimados a impetrar mandado de segurança coletivo.

Sobre a necessidade de representação no Congresso Nacional pelos partidos políticos, não pode haver mera interpretação literal dos dispositivo, sob pena ineficácia da ação coletiva. O modelo federalista adotado no sistema brasileiro comporta três esferas de governo, quais sejam, federal, estadual e municipal, com seus respectivos interesses, áreas de atuação e prerrogativas. Assim, de acordo com a maior vinculação com o direito lesionado ou ameaçado de lesão, pode ser mais oportuna, conveniente e adequada a atuação de um diretório federal, estadual ou municipal de determinado órgão partidário. Conseqüentemente, a necessidade de representação no Congresso Nacional deve ser entendida como representação na Assembleia Legislativa quando o

tema for estadual, ou representação na Câmara de Vereadores, quando o tema for exclusivamente local.⁹⁰

Em relação à organização sindical, à entidade de classe e à associação legalmente constituída, a regulamentação do mandado de segurança coletivo acolheu orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de ser dispensada a autorização legal e afastar a incidência do artigo 2º-A, parágrafo único, da Lei 9.494/1997.⁹¹

Acerca do rol de legitimados a impetrar o *mandamus* coletivo, a nova regulamentação do mandado de segurança não trouxe novidades em relação à previsão constitucional. Não obstante, parcela da doutrina entende que trata-se de um rol taxativo, e parcela da doutrina entende que se trata meramente de um rol exemplificativo.

Luiz Manoel Gomes Junior e Rogério Fraveto sustentam que a legitimidade do mandado de segurança é restrita conforme a previsão constitucional, ou seja, somente os partidos políticos, as organizações sindicais, os órgãos de classe e as associações podem utilizar-se do *mandamus* coletivo. Entendem não ser possível a ampliação dos legitimados pelo legislador ordinário e inclusive não ser possível a impetração de mandado de segurança coletivo pelo Ministério Público.⁹²

Antonio Herman Benjamin e Gregório Assagra de Almeida, por outro lado, consideram que, como a legitimidade ativa coletiva é fator e instrumento de acesso à Justiça da sociedade em geral, comunidades ou coletividades de pessoas, não se pode aplicar qualquer interpretação restritiva ao permissivo constitucional do mandado de

⁹⁰ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FRAVETO, Rogério. Mandado de segurança coletivo – legitimidade e objeto – análise dos seus principais aspectos – lei 12.016/2009. **Revista dos Tribunais**, ano 99, v. 898, p. 79-112, ago. 2010. p. 92.

⁹¹ Assim dispõe o parágrafo único do artigo 2º-A da Lei 9.494/1997: “nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.” Em sentido contrário, defende Nelson Nery Jr. que, uma vez que se trata de exigência constitucional, não pode haver dispensa do prazo de um ano de constituição da associação. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 192. Escreve nesse mesmo sentido e com a mesma fundamentação Luiz Guilherme Marinoni. MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 90.

⁹² GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FRAVETO, Rogério. Mandado de segurança coletivo – legitimidade e objeto – análise dos seus principais aspectos – lei 12.016/2009. **Revista dos Tribunais**, ano 99, v. 898, p. 79-112, ago. 2010. p. 83.

segurança coletivo. A partir de uma interpretação aberta e flexível, própria dos direitos e garantias fundamentais, dentre eles a utilização do *mandamus* coletivo, é possível atribuir legitimidade a outras entidades que não arroladas expressamente no dispositivo constitucional ou na Lei 12.016/2009.⁹³

Os autores entendem que o rol de legitimados previstos na Constituição é somente exemplificativo, de modo que também podem utilizar-se do *mandamus* coletivo todos os entes legitimados arrolados nos artigos 82 da Lei 8.078/1990 e no artigo 5º da Lei 7.347/1985. Tratar-se-ia de uma interpretação conforme o *sistema constitucional*, e não conforme o *dispositivo constitucional*.⁹⁴

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. entendem que a previsão constitucional do mandado de segurança coletivo é uma garantia mínima atribuída aos partidos políticos e às entidades de classe. Para os autores, não cuidaria o texto constitucional da legitimidade *ad causam* para o mandado de segurança coletivo, mas somente atribuiria capacidade processual aos partidos políticos e às entidades de classe para valer-se do procedimento do mandado de segurança. Assim, ambos entendem que a restrição na possibilidade de impetração do *mandamus* coletivo pelos entes legitimados a propor as demais ações coletivas é inconstitucional.⁹⁵

A interpretação jurisprudencial é restritiva acerca da legitimação ativa para a utilização do *mandamus* coletivo. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a legitimidade dos partidos políticos é aquele segundo o qual o permissivo constitucional somente autoriza o partido político a impetrar mandado de segurança para a defesa de seus filiados e em questões políticas, desde que autorizado por lei ou pelo seu estatuto. Não seria possível aos partidos políticos defender em juízo direitos

⁹³ BENJAMIN, Antonio Herman V.; ALMEIDA, Gregório Assagra de. Legitimidade ativa e objeto material no mandado de segurança coletivo. **Revista dos Tribunais**, ano 99, v. 895, p. 9-58, mai. 2010. p. 31.

⁹⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V.; ALMEIDA, Gregório Assagra de. Legitimidade ativa e objeto material no mandado de segurança coletivo. **Revista dos Tribunais**, ano 99, v. 895, p. 9-58, mai. 2010. p. 39.

⁹⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. v. 4. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 220-222. Hermes Zaneti Jr., em obra anteriormente publicada, possuía outro entendimento, de acordo com o qual rol de legitimados previstos na Carta constitucional é exaustivo, de modo que somente as entidades arroladas no inciso LXX do artigo 5º possuem legitimação para a impetração do mandado de segurança coletivo. ZANETI JUNIOR, Hermes. **Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controversos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 54.

subjetivos de cidadãos a ele não filiados ou direitos difusos, mas somente direitos de natureza política, como é o caso dos artigos 14 a 16 da Constituição Federal.⁹⁶

No caso concreto do precedente, buscava o partido político a defesa de 50 milhões de aposentados, que não eram em sua totalidade filiados ao partido e que não o autorizaram expressamente a impetrar a segurança em seu favor. Nesse julgado, o voto do relator é no sentido de que “essa legitimação total, integra e universal [dos partidos políticos a impetrar o mandado de segurança coletivo] é absurda e inadmissível”, e encontra limites na legitimação de outros partidos, de organizações sindicais, entidades de classe ou associações. Em outra passagem elucidativa do motivo pelo qual foi reconhecida a ilegitimidade ativa do partido político, entendeu o relator que “não podemos deixar nascer este monstro capaz de agir em nosso nome sempre que julgar conveniente, em qualquer assunto, dentro ou fora de seus fins sociais, contra a nossa vontade, a pretexto de defender nosso direito.”⁹⁷

Em outro precedente do Superior Tribunal de Justiça, pessoas físicas impetraram mandado de segurança com o objetivo de impedir a importação ou adição de metanol para a sua utilização como combustível na frota nacional de veículos automotores antes da obtenção das licenças determinadas pela legislação ambiental em vigor e antes de serem realizados os estudos de impacto ambiental determinados pela mesma legislação. Nesse caso, o Tribunal considerou que, como as questões que dizem respeito ao meio ambiente são direitos difusos, sua proteção pode ser obtida por meio do mandado de segurança coletivo, da ação popular ou da ação civil pública, mas jamais pode meio de mandado de segurança individual. Os interesses legítimos distinguir-se-iam dos direitos subjetivos, e os impetrantes somente teriam interesse legítimo, e não direito subjetivo apto a fundamentar a utilização do *mandamus*.⁹⁸

A exigência de nexos causal entre o direito subjetivo objeto de tutela por meio do mandado de segurança coletivo e as finalidades da entidade impetrante foi apontada em outro precedente do Superior Tribunal de Justiça. No caso concreto, uma

⁹⁶ Superior Tribunal de Justiça. Mandado de segurança 197/DF. Primeira Seção. Relator Ministro Garcia Vieira. Julgamento em 11 de setembro de 1990.

⁹⁷ Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração no mandado de segurança 197/DF. Primeira Seção. Relator Ministro Garcia Vieira. Julgamento em 11 de setembro de 1990.

⁹⁸ Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no mandado de segurança 266/DF. Primeira Seção. Relator Ministro Carlos M. Velloso. Julgamento em 12 de dezembro de 1989.

confederação de trabalhadores impetrou mandado de segurança coletivo sobre matéria tributária – cobrança de imposto de renda –, mas foi reconhecida sua ilegitimidade por não haver nexo que correlacionasse o interesse jurídico da entidade com o interesse jurídico do membro ou associado.⁹⁹

O Superior Tribunal Federal, ao pronunciar-se sobre a legitimidade ativa de partido político para a impetração de mandado de segurança coletivo, considerou não haver legitimidade do ente para defender direitos individuais homogêneos – no caso concreto, aumento ilegal do imposto sobre propriedade territorial urbana (IPTU). Considerou o Tribunal, primeiramente, que o permissivo constitucional do *mandamus* coletivo, quando trata dos partidos políticos, não fez qualquer restrição quanto aos direitos tutelados por meio dessa ação, ao contrário da previsão constitucional em relação às associações legalmente constituídas, às organizações sindicais e às entidades de classe; dessa forma, poderiam os partidos ingressar em juízo para a tutela de direitos difusos e coletivos por meio do *writ*. Contudo, como evidenciou o recurso apreciado pelo Tribunal, não poderiam os partidos políticos utilizar-se do mandado de segurança coletivo para a defesa de direitos individuais homogêneos, pois, no entender da Corte, estaria o partido agindo em juízo no lugar das pessoas individualmente consideradas, as quais deveriam contestar, por meio de ações individualmente propostas, a majoração indevida do tributo.¹⁰⁰

Em outro precedente, o Supremo Tribunal Federal considerou que o rol de legitimados previsto no artigo 5º, LXX, da Constituição Federal é taxativo. No caso concreto, considerou a Corte que o Estado-membro da federação não possuía legitimidade para a impetração do mandado de segurança coletivo, seja por falta de previsão legal, seja porque a legitimação extraordinária, situação excepcional no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser expressamente prevista.¹⁰¹

Após a promulgação da Lei 12.016/2009, o Superior Tribunal de Justiça também teve a oportunidade de tratar da legitimidade ativa no mandado de segurança

⁹⁹ Superior Tribunal de Justiça. Mandado de segurança 1.370-0/DF. Primeira Seção. Relator Ministro José de Jesus Filho. Julgamento em 23 de junho de 1992.

¹⁰⁰ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 196.184-8/AM. Seção Plenária. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgamento em 27 de outubro de 2004.

¹⁰¹ Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança 21.059-1/RJ. Seção Plenária. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em 5 de maio de 1990.

coletivo. Nos casos dos casos dos precedentes, por motivos distintos, foi reconhecida a ilegitimidade da entidade impetrante.

Pelo fato de a sociedade não possuir “tempo de representatividade” de mais de um ano, foi reconhecida sua ilegitimidade ativa. Entendeu o relator do caso que a associação impetrante não fez prova pré-constituída de que estava reunida há um ano com a finalidade social pertinente à pretensão deduzida judicialmente. Dessa feita, foi reconhecida sua ilegitimidade.¹⁰²

Ainda, em razão da incompatibilidade entre os regimes aplicáveis às pessoas de direito público e às pessoas de direito privado, não poderia entidade de direito privado impetrar mandado de segurança coletivo para a defesa de direito coletivo de entidade de direito público. No plano de direito material, a demanda tinha como figurantes, tanto no polo ativo, quanto no passivo, pessoas jurídicas de direito público: de um lado, Municípios, de outro, o Estado de Minas Gerais. A pretensão deduzida na demanda era a de ver reconhecida a ilegitimidade do ato praticado pelo Estado, impondo a retenção de valores de repasses devidos a Municípios, retenção decorrente de cumprimento de sentença transitada em julgado. Entretanto, como a entidade associativa impetrante era pessoa jurídica de direito privado, cujos associados naturais são também pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, foi reconhecida sua ilegitimidade.¹⁰³

Excepcionalmente, contrariando precedente anterior de acordo com o qual o rol de legitimados para a impetração do mandado de segurança coletivo é taxativo, o Superior Tribunal de Justiça, em recurso de relatoria do Ministro Luiz Fux, reconheceu que, hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da *legitimatío ad causam* do Ministério Público para a ação popular, a ação civil pública ou o mandado de segurança coletivo. A decisão serve como paradigma pois, além de reconhecer a legitimidade da *parquet* para a impetração de mandado de segurança coletivo, reconheceu sua legitimidade para a proposição de ação popular. O objeto do

¹⁰² Superior Tribunal de Justiça. Recurso em mandado de segurança 34.922/GO. Primeira Turma. Relator Ministro Benedito Gonçalves, julgamento em 6 de outubro de 2011.

¹⁰³ Superior Tribunal de Justiça. Recurso em mandado de segurança 34.270/MG. Primeira Turma. Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgamento em 25 de outubro de 2011.

recurso consistia no reconhecimento da legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em defesa de direitos transindividuais.¹⁰⁴

2.5 CONCLUSÕES E PROPOSTAS

Os instrumentos de tutela jurisdicional devem ser os adequados a todos os direitos previstos no ordenamento jurídico, sejam direitos oriundos de expressa previsão legal, sejam direitos oriundos de dedução a partir dos textos constitucional e infraconstitucional.¹⁰⁵ No entanto, não basta somente a previsão legal desses instrumentos, mas também que na prática sejam eficazes. Essa eficácia dos instrumentos de tutela jurisdicional desdobra-se em possibilidade de postulação em juízo e efetividade da prestação jurisdicional no caso concreto.

A indivisibilidade do objeto não é fenômeno novo no campo do direito material. No ordenamento jurídico brasileiro, o Código Civil de 1916 previa soluções para os casos de obrigações indivisíveis, assim como o faz o Código Civil de 2002. Nas obrigações indivisíveis, assim qualificadas “quando a prestação tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetíveis de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica, ou dada a razão determinante do negócio jurídico” (artigo 258 do Código Civil), tanto devedores quando credores respondem pela dívida toda ou podem exigi-la por inteiro, respectivamente.

Retomando a questão para os direitos coletivos, cuja satisfação de um titular implica necessariamente a satisfação de todo grupo ou coletividade, também poderia ser aplicada a regra prevista no direito material, de acordo com a qual a cada titular cabe ingressar em juízo em busca da tutela jurisdicional do direito lesionado ou ameaçado de lesão.

Assim, em primeiro lugar, é necessária a conscientização e a mudança de racionalidade para incluir no rol de legitimados a figura do próprio titular do direito material ou do membro do grupo ou coletividade titular do direito material. Esse

¹⁰⁴ Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 700.206/MG. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux, julgamento em 9 de março de 2010.

¹⁰⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 27.

entendimento deve ser aplicado tanto ao mandado de segurança coletivo quanto às demais ações coletivas.

No mandado de segurança coletivo, a doutrina diverge sobre a taxatividade da previsão constitucional, por um lado, e a jurisprudência limita a atuação dos legitimados à defesa de determinados direitos.

Os entendimentos anteriormente expostos de Alfredo Buzaid e José Cretella Júnior não permitem a efetiva e adequada tutela dos direitos coletivos e a efetiva e adequada tutela coletiva de direitos. A interpretação restritiva do permissivo constitucional que considera que somente aqueles que estão expressamente listados no texto possam utilizar-se do mandado de segurança coletivo significa uma afronta ao princípio constitucional de acordo com o qual a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, XXXV). Ainda, ambos autores acabam por reduzir a utilização do *mandamus* coletivo, pois os legitimados somente poderiam atuar na defesa de direitos associados aos membros e à categoria da qual fazem parte, e não para qualquer direito coletivo, difuso ou individual homogêneo que ultrapasse os membros associados ou filiados

A interpretação de Antonio Herman Benjamin e Gregório Assagra de Almeida, ao estender aos legitimados de outras ações coletivas a legitimação para a impetração de mandado de segurança coletivo, é necessária mas insuficiente.¹⁰⁶ Não é possível prever todas as vicissitudes por quais pode passar a sociedade e quais podem ser todos os direitos carentes de tutela jurisdicional. A escolha de um rol predefinido de legitimados pode não alcançar a verdadeira tutela jurisdicional, seja por desinteresse em um primeiro momento dos entes legitimados, seja por inexistir ente legitimado que se enquadre dentro da previsão legal. Justifica-se, desse modo, que independentemente da parte que figure na relação jurídica processual objetivando a tutela jurisdicional de um direito metaindividual ou individual homogêneo, seja a adequada representação objeto de controle judicial constante no decorrer do processo.

A lei da ação popular serve como paradigma para analisar a legitimação ativa do cidadão. Elton Venturi argumenta que a experiência de outorga da legitimação

¹⁰⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V.; ALMEIDA, Gregório Assagra de. Legitimidade ativa e objeto material no mandado de segurança coletivo. **Revista dos Tribunais**, ano 99, v. 895, p. 9-58, mai. 2010.

individual para a tutela de direitos difusos por meio da ação popular não logrou os resultados esperados. Cita o autor as dificuldades técnicas na obtenção de informações por parte do cidadão de documentos hábeis a demonstrar a ilegalidade e a lesividade do ato administrativo, bem como o ambiente pouco favorável às iniciativas populares quando da promulgação da lei na década de 1960.¹⁰⁷

Esse seria o motivo pelo qual a legitimação do indivíduo para a propositura de ações coletivas não foi adotada pelo legislador nas demais ações coletivas, como é o caso da ação civil pública, das ações coletivas em relações de consumo, do mandado de segurança coletivo e do mandado de injunção coletivo. Para a propositura dessas ações, o ordenamento brasileiro outorgou legitimidade a entidades previamente escolhidas, em exclusão à iniciativa individual.

Entretanto, o primeiro ponto a ser analisado é que a complexidade dos direitos coletivos não é justificativa para, no mandado de segurança coletivo, não ser possível a propositura do *writ* por iniciativa individual. Como adiante demonstrado, o direito líquido e certo que fundamenta a propositura do mandado de segurança coletivo é aquele que não demanda maiores manejos para sua demonstração. Dessa forma, não se pode dizer que a incontestabilidade ou indiscutibilidade de um direito somente pode ser adequadamente provada por entidades ou associações públicas ou privadas, mesmo que se trate de um direito coletivo ou difuso.

Igualmente, não subsistem no mandado de segurança coletivo as alegações de que o indivíduo é demasiado frágil e pouco preparado para enfrentar autoridade ou entidade por meio do *writ*. Se assim fosse, o próprio mandado de segurança individual também encontraria dificuldades em ser manejado individualmente, uma vez que do outro lado da relação jurídica processual também figuram autoridades ou entidades com atribuições de poder público.

Ademais, a inexistência de dilação probatória no procedimento do mandado de segurança coletivo afasta a argumentação de que os custos do litígio podem inviabilizar a tutela de um direito coletivo por iniciativa individual.

¹⁰⁷ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil; perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 169.

No mandado de segurança coletivo e nas demais ações coletivas, a iniciativa do indivíduo em propor a ação pode servir como uma provocação aos demais legitimados para que atuem em conjunto para a tutela do direito coletivo levado a juízo.

Uma proposta para a inserção da legitimidade de indivíduos não somente no mandado de segurança coletivo, mas em todas as ações coletivas, é aquela de acordo com a qual, por meio do controle judicial da representação adequada, há a verificação se o indivíduo é apto a tutelar o direito coletivo; se é conveniente, além da atuação do Ministério Público no processo, a intimação de outros indivíduos ou entidades legitimadas ou, em última hipótese, se devem ser restringidos os efeitos da decisão a somente o indivíduo que propôs a ação, e não a todo o grupo titular do direito.

Assim, por um lado, evita-se que demandas propostas por indivíduos que não adequadamente representam os interesses da coletividade em juízo a prejudique. De outro, ainda se permite o acesso ao Judiciário sempre quando da lesão ou ameaça de lesão a direito. Não se pode impedir que um indivíduo ingresse em juízo para a tutela de qualquer direito, seja um direito individual, seja um direito coletivo ou difuso de cujo grupo é membro.

Antonio Gidi traz importante crítica para a legitimidade coletiva individual. Por meio da experiência das *class actions* norte-americanas, argumenta que, na prática, todo o poder sobre as ações coletivas repousa verdadeiramente nas mãos dos advogados, e não nas do representante. É o advogado que investiga o ilícito praticado, define o grupo afetado por esse ilícito, seleciona um dos membros do grupo para ser o representante em juízo e controla o processo, inclusive controla a possibilidade e os termos de eventual acordo. “O representante é apenas a ‘chave’ que o advogado precisa para abrir as portas do Judiciário”.¹⁰⁸

Contudo, ao contrário do que sustenta Antonio Gidi, a pouca utilização das ações populares não se deve em razão da legitimidade individual¹⁰⁹, mas sim pela previsão legal *exclusiva* de legitimação individual. José Carlos Barbosa Moreira faz

¹⁰⁸ GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 227.

¹⁰⁹ GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 229.

uma crítica à impossibilidade, já sedimentada na doutrina e na jurisprudência, de pessoas jurídicas ingressarem com ação popular e, antes da edição da Constituição de 1998, de categorias profissionais ou grupos bem determinados impetrarem mandado de segurança para defesa de direito de que não seja titular o próprio sujeito ativo da relação jurídica processual.¹¹⁰

A *class action* possa ser vista como um investimento privado com fins lucrativos, e o advogado pode ser encarado como empreendedor desse investimento. O maior interesse financeiro em uma demanda coletiva repousa tanto no titular do direito quanto no advogado do grupo. Essa é a lição de Antonio Gidi. Todavia, uma potencial prática de atos abusivos por parte daquele que patrocina a ação é mitigada a partir do momento em que os demais legitimados coletivos são notificados a atuar conjuntamente no processo.

Da mesma forma que de antemão não é possível precisar quais são os representantes mais adequados, não se pode presumir que o representante mais adequado para propor a demanda continua a sê-lo no decorrer do processo. Por isso de extrema valia a notificação dos demais legitimados para que atuem em conjunto na busca da melhor solução do litígio e de suma importância a atuação do juiz no caso concreto no controle dos atos processuais das partes.

Antonio Gidi defende que o controle da representação no ordenamento jurídico brasileiro independe de reforma legislativa, bastando um juiz competente e interessado. Em caso de inadequação do representante, deve o juiz oportunizar a sua substituição e, caso não isso não seja possível, deve o juiz extinguir o processo sem resolução do mérito.¹¹¹

A participação do juiz adquire grande relevância na tutela coletiva a partir do momento em que a representação adequada dos interesses do grupo ou coletividade deve ser verificada em cada caso concreto. Assim como a figura da tutela coletiva de direitos e da tutela de direitos coletivos foge da tradição individualista do processo

¹¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 34-35.

¹¹¹ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, ano 27, n. 108, p. 61-70, out./dez. 2002. p. 67-68.

civil oriunda do pensamento liberal, também a figura do juiz hodierno deve ser diferente da figura do juiz do direito liberal.¹¹²

Não é possível falar em direito alheio quando o direito pertence à comunidade ou à coletividade. A legitimidade para a proteção dos direitos metaindividuais necessita da extensão do rol de legitimados para além daqueles definidos legalmente. Não é possível ao legislador prever as vicissitudes dos direitos coletivos e definir taxativamente quem pode “adequadamente” atuar em juízo na defesa desses direitos.

Os direitos difusos servem como um paradigma para definir a questão da legitimidade nas ações coletivas. Como esses direitos são pertencentes a uma coletividade cujos membros são indeterminados e cuja individualização não é possível, não se pode de antemão enumerar quais são os entes ou mesmo pessoas legitimadas a ingressar em juízo, bem como se estão mais ou menos aptos para tanto de acordo com seu estatuto social ou finalidade institucional. Solução mais adequada é, para dar efetividade à tutela dos direitos coletivos e à tutela coletiva de direitos, controlar no caso concreto a adequada representação do grupo, comunidade ou coletividade.

A mito da neutralidade do juiz, que deveria permanecer inerte e somente proclamar a lei, não tendo a aptidão de interpretá-la, não mais subsiste. A maior participação do Estado na sociedade e o surgimento de conflitos em virtude dessa participação reclama também uma maior participação do juiz no processo. Já escreveu Luiz Guilherme Marinoni que “a neutralidade [do juiz] é mito, e a inércia do juiz, ou o abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, não é compatível com os valores do Estado atual.”¹¹³

Os poderes conferidos atualmente ao juiz permitem sua participação efetiva no processo. Diante da impossibilidade de, na tutela coletiva, todos os titulares do direito, ou melhor, todos os integrantes do grupo, coletividade ou comunidade titular do direito coletivo participarem da relação jurídica processual, a participação ativa do julgador, informada pelo princípio da igualdade substancial, permite efetivamente

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 101.

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 101.

garantir o contraditório às partes da relação jurídica processual composta, em um de seus polos, pelo representante adequado.

Melhor do que somente um legitimado ingressar em juízo, ele pode, e deve, ser auxiliado por aqueles que também poderiam ingressar em juízo na tutela dos direitos coletivos. A Carta constitucional já confere ao Ministério Público legitimação para defender os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Se, o Ministério Público seria incapaz de assumir, *por inteiro*, a defesa desses direitos, principalmente em razão de estar frequentemente sujeito a pressão política, em especial importância em relação aos direitos difusos que, não raramente, devem ser afirmados em face de entidades governamentais¹¹⁴, deve atuar como *custos legis*, fruto do interesse público que legitima a intervenção do *parquet*.

¹¹⁴ “É necessário lembrar, porém, que o número de associações civis realmente representativas caminha na razão proporcional da organização da sociedade civil. Assim, ao menos em sociedades como a nossa, ainda é necessária a atuação do Ministério Público. Aliás, é justo dizer que o Ministério Público tem atuado com firmeza e independência na proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Além disso, a atuação do Ministério Público tem provocado fenômeno psicológico altamente positivo, pois o povo tende a retomar a confiança na ‘Justiça’ à medida que vê uma instituição tradicionalmente ligada à administração da justiça defendendo intransigentemente os interesses da sociedade e das minorias e dos grupos sem poder político-social.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 105-106.

3 OBJETO

Na concepção tradicional, o direito está ligado sempre ao seu titular. As relações jurídicas podem estabelecer-se, primordialmente, entre dois indivíduos, um em cada polo da relação (relações interindividuais), ou entre mais de um indivíduo situado em um dos polos da relação ou em ambos (relações plurissubjetivas), porém, ainda de acordo com a concepção clássica de que a um direito há o seu titular correspondente.¹¹⁵

No esquema mais complexo da contemporaneidade, o direito pode ser comum a uma pluralidade de pessoas mais ou menos ampla em virtude da relação que possuem entre si, sem no entanto se enquadrar na categoria de relações plurissubjetivas. Esses direitos, não pertencentes a somente um indivíduo, podem ser definidos como direitos meta ou transindividuais.

Os direitos meta ou transindividuais podem possuir distintos graus de coletivismo. Alguns são tão abrangentes que podem englobar toda a sociedade ou toda a comunidade. Outros direitos possuem abrangência menor, pertencendo a determinadas categorias, grupos, ou associações. Outros direitos, ainda, embora subjetivamente individuais, em razão de sua homogeneidade, podem receber tratamento coletivo.

Esses direitos metaindividuais são objeto das ações coletivas, dentre as quais está inserido o mandado de segurança coletivo. Ainda, por pertencerem a um grande agrupamento de pessoas individualmente consideradas, reconhece-se por bem tratar coletivamente direitos homogêneos. Àqueles, refere-se à expressão *tutela de direitos coletivos* e, a este, *tutela coletiva de direitos*.¹¹⁶

Essa diferenciação na qualificação dos diferentes direitos pode possuir fins didáticos. Entretanto, a mera qualificação dos direitos em coletivos, difusos e

¹¹⁵ WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.) **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984. p. 86.

¹¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

individuais homogêneos, como adiante demonstrado, acaba por trazer diferenças de tratamento na prestação da tutela jurisdicional coletiva.

3.1 DISTINÇÃO ENTRE DIREITO E INTERESSE

A regulamentação que trata das ações coletivas por vezes utiliza os vocábulos *direito* e *interesse* concomitante e alternadamente. Por exemplo, o permissivo constitucional do mandado de segurança coletivo, quanto trata da organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída, fala em “defesa dos *interesses* de seus membros ou associados”.

O Código de Defesa do Consumidor, a tratar da defesa do consumidor em juízo, trata dos “*interesses* ou *direitos* difusos”, “*interesses* ou *direitos* coletivos”, “*interesses* ou *direitos* individuais homogêneos” (artigo 81, parágrafo único, I, II e III).

A Lei 7.347/1985, ao disciplinar a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, admite a sua utilização para a proteção de qualquer “*interesse* difuso ou coletivo” (artigo 1º, IV).

José Cretella Júnior, ao tratar do mandado de segurança coletivo, critica a utilização do termo *interesse* pela Constituição (artigo 5º, LXX, *b*), argumentando que o termo *interesse* não se justifica no mundo jurídico, em qualquer país do mundo, “porque ‘quem tem *interesse* e não *direito*, é destituído da correspondente *ação* que o assegura’. Nenhuma ação pode ser proposta para defender *interesses* feridos. Do contrário, o Poder Judiciário iria exercer o controle jurisdicional sobre *interesses* lesados por ato do poder público, dando origem à total perturbação da ordem jurídica”.¹¹⁷

Calmon de Passos também critica a utilização do termo *interesse* por ser “inadequado, pela carga de ambiguidade que acarreta, falar-se de ‘interesse’

¹¹⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. **Os “writs” na Constituição de 1988**: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, habeas corpus, ação popular. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 75.

merecedor de proteção jurídica, sem que se veja nisso a configuração de um direito e direito subjetivo em sentido lato.”¹¹⁸

Alfredo Buzaid procura explicar, com apoio na concepção de Jhering de direito subjetivo, o enunciado constitucional que trata do mandado de segurança coletivo. O direito subjetivo seria um *interesse* protegido mediante um *poder da vontade*. Esses dois elementos que caracterizam o direito subjetivo concorrem no preceito constitucional, pois o poder da vontade está nos legitimados a impetrar o *mandamus* coletivo (organização sindical, entidade de classe ou associação) – elemento *formal* do direito subjetivo na teoria de Jhering –, enquanto o interesse é o elemento *material*, isto é, a matéria ou substância do direito subjetivo.¹¹⁹

A distinção entre *direito e interesse* e sua utilização simultânea nas expressões *interesses ou direitos coletivos, interesses ou direitos difusos e interesses ou direitos individuais homogêneos* pode fazer sentido no direito italiano. Enquanto nesse país os órgãos da justiça administrativa são competentes para julgar *interesses* legítimos (oriundos das relações entre particulares e a administração pública ou de interesse social relevante), é competência da justiça civil o julgamento de *direitos* subjetivos (provenientes de relações entre particulares). No entanto, como já defendido por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., o ordenamento jurídico brasileiro, por não prever essa separação de órgãos jurisdicionais, “não admite a categoria de interesses legítimos, e onde a categoria de ‘interesses’ não tem a menor operacionalidade prática.”¹²⁰

Antonio Gidi ressalta que não se trata de mera questão terminológica a utilização do termo *direito* ou do termo *interesse*. O ordenamento jurídico brasileiro, por meio de sua carta constitucional, assegura a apreciação pelo Judiciário de lesão ou ameaça a *direito*, e não a apreciação de lesão ou ameaça a *interesse* (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal). Assim, a utilização do termo *interesse* com o objetivo de tutelar um maior número de situações do que aquelas referenciadas pelo termo *direito*

¹¹⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data (constituição e processo)**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 10.

¹¹⁹ BUZOID, Alfredo. **Considerações sobre o mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 47.

¹²⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. v. 4. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 90-91.

pode não alcançar esse objetivo. Dessa forma, o correto é utilizar as expressões *direito coletivo*, *direito difuso* e *direito individual homogêneo*.¹²¹

3.2 DIREITO COLETIVO, DIFUSO E INDIVIDUAL HOMOGÊNEO: TRATAMENTO DA DOCTRINA ANTES DA EDIÇÃO DA LEI 8.078/1990

Anteriormente à positivação dos conceitos de direito difuso, direito coletivo e direito individual homogêneo, discutia-se a elaboração científica desses conceitos e argumentava-se que a doutrina não possuía uma terminologia adequada.¹²²

Não é recente a discussão na tentativa de diferenciação entre direito coletivo e direito difuso. A doutrina romana já utilizada o termo *difuso*, como sinônimo de direito público, por não se concentrar no povo como entidade, mas que tem por titular cada um dos participantes da comunidade.¹²³

Mauro Cappelletti define uma categoria intermediária entre direito privado – aquele que regula as relações jurídicas entre os particulares – e direito público – aquele destinado a regular as relações jurídicas entre a sociedade e o Estado. Essa categoria intermediária compreende os direitos de grupos, pertencentes a categorias de pessoas, unidas por interesses comuns, que transcendem a individualidade do membro do grupo.¹²⁴ Waldemar Mariz de Oliveira Jr. completa essa definição argumentando que a existência de direitos que não pertencem nem ao indivíduo e nem ao Estado é inegável e, diante das liberdades fundamentais que são outorgadas pela Constituição, a esses direitos também é garantida a tutela jurisdicional.¹²⁵

¹²¹ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 17-18. GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense 2008. p. 221-223.

¹²² BUZAID, Alfredo. **Considerações sobre o mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 36.

¹²³ NERY JÚNIOR, Nelson. Mandado de segurança coletivo: instituto que não alterou a natureza do mandado de segurança já constante das Constituições anteriores – partidos políticos – legitimidade *ad causam*. **Revista de Processo**, ano 15, n. 57, p. 150-158, jan./mar. 1990. p. 151.

¹²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, v. 5, p.128, jan. 1977.

¹²⁵ OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.) **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984. p. 12. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Appunti sulle azioni collettive in Brasile: presente e futuro. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, ano LXIV, n. 2, p. 515-527, jun. 2010. p. 516.

Vincenzo Vigoriti sustenta que o interesse difuso distingue-se do interesse coletivo em razão de sua *organização*. O interesse difuso refere-se a um estado mais fluido do processo de agregação dos interesses individuais, isto é, um estado no qual, embora haja aspirações individuais igualmente orientadas, não há nenhuma coordenação das vontades. No interesse coletivo, por outro lado, os interesses individuais apresentam-se coligados.¹²⁶ O interesse coletivo, em razão de sua organização, assegura uniformidade de tratamento dos interesses correlatos e uniformidade de efeitos da declaração jurisdicional; o interesse difuso, de acordo com o autor, embora ainda atomisticamente considerado, carece de instrumentos para uma apreciação unitária.¹²⁷

Reservava a doutrina nacional o termo *coletivos* para os direitos comuns a categorias de pessoas, unidades entre si por uma relação jurídica base: a sociedade comercial, o condomínio, a família, os entes profissionais, o próprio sindicato. Esse vínculo entre os titulares do direito permite a identificação dos componentes do grupo, independentemente de seu tamanho.¹²⁸

Por outro lado, entender-se-iam por difusos os direitos que, por não terem um vínculo jurídico comum, repousam sobre dados de fato, frequentemente genéricos e contingentes, acidentais e mutáveis: morar em uma mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas circunstâncias socioeconômicas. Dessa forma, os titulares são em número indeterminado e indeterminável. Ainda que possa haver uma relação jurídica base que una os indivíduos, não é em função dessa relação o direito digno de tutela.¹²⁹

José Carlos Barbosa Moreira trata da terminologia vacilante entre *coletivo* e *difuso*. O autor utiliza o termo *coletivo* para designar interesses que não pertencem a uma pessoa, e nem mesmo a um grupo definido de pessoas. Os interessados são indeterminados e, ao menos do ponto de vista prático, indetermináveis sem que seja

¹²⁶ VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo**: la legittimazione ad agire. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979. p. 58-62.

¹²⁷ VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo**: la legittimazione ad agire. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979. p. 42.

¹²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. In: **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 51.

¹²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. In: **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 51.

possível discernir qual parcela pertence a quem. “A comunhão é indivisível; entre os destinos dos interessados, por força das mais variadas circunstâncias, instaura-se uma união tão firme, que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade.”¹³⁰

Aponta ainda José Carlos Barbosa Moreira também que a distinção entre direitos coletivos e direitos difusos é a existência de uma relação jurídica base entre os interessados, ou entres esses e um terceiro – a parte adversa.¹³¹ Exemplifica como difuso o direito dos habitantes de certa região na preservação da pureza da água dos rios que a banham, indispensável para o uso pessoal e doméstico; coletivo, por outro lado, é o direito dos estudantes de uma universidade na regularidade das aulas.¹³²

Clóvis Beznos conceitua os direitos difusos como aqueles que, embora pertencentes a um grupo de pessoas, referem-se a uma coletividade não necessariamente uniforme no sentido social. Esses direitos são existentes não em razão de qualquer vínculo jurídico entre os componentes da mesma coletividade, mas decorrentes de uma mesma situação fática, que atinge determinada parcela de pessoas unificada não pelo pressuposto de organização, mas pelos interesses comuns a esse grupo.¹³³

Não obstante a discussão doutrinária acerca da delimitação e definição dos direitos que podem ser tutelados por meio das ações coletivas, a Constituição Federal de 1988 tratou os direitos difusos e os direitos coletivos como duas categorias

¹³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurídica dos interesses coletivos. In: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 174.

¹³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 164.

¹³² Outro exemplo trazido pelo autor, embora qualificado inicialmente como direito coletivo, diante da falta de definição e distinção entre coletivo e difuso, identifica-se hoje como direito difuso, pois indivisível e pertencente a uma coletividade indeterminada cujos membros não possuem uma relação jurídica entre si: “teme-se que a realização de obra pública venha a causar danos graves à flora e à fauna da região, ou acarrete a destruição de monumento histórico ou artístico. A possibilidade de tutela do ‘interesse coletivo’ na preservação dos bens em perigo, caso exista, necessariamente se fará sentir de modo uniforme com relação à totalidade dos interessados. Com efeito, não se concebe que o resultado seja favorável a alguns e desfavorável a outros. Ou se preserva o bem, e todos os interessados são vitoriosos; ou não se preserva, e todos saem vencidos.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses difusos ou coletivos. In: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 195-196.

¹³³ BEZNOS, Clóvis. **Ação popular e ação civil pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989. p. 11-12.

distintas, pois, atribuiu ao Ministério Público a função de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses *difusos e coletivos*” (artigo 129, III).

3.3 DIREITO COLETIVO, DIFUSO E INDIVIDUAL HOMOGÊNEO: A LEI 8.078/1990 (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR)

A Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) utiliza-se de três critérios básicos para definir e distinguir os direitos metaindividuais em direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: *subjetivo* (titularidade do direito material); *objetivo* (divisibilidade do direito material) e; *origem* (origem do direito material).¹³⁴

Sob a perspectiva de titularidade do direito material (*aspecto subjetivo*), o direito difuso pertence a uma coletividade formada por pessoas indeterminadas e indetermináveis. Enquanto a comunidade titular do direito é passível de determinação, a depender da esfera de abrangência do direito material, não o são as pessoas que compõem essa comunidade; o direito coletivo pertence a uma coletividade (grupo, categoria ou classe) formada de pessoas indeterminadas mas passíveis de determinação; os direitos individuais homogêneos pertencem a uma comunidade formada de pessoas perfeitamente individualizadas a princípio indeterminadas porém determináveis.¹³⁵

Antonio Gidi defende que a esses direitos também se deve atribuir o *status* de direito subjetivo: direitos subjetivos difusos, direitos subjetivos coletivos e direitos subjetivos individuais homogêneos. Ainda, sustenta que os titulares dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos não são vários, nem determinados, mas que há apenas um único e determinado titular: uma comunidade no caso dos direitos

¹³⁴ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 22.

¹³⁵ “A questão da determinabilidade das pessoas que compõem a comunidade titular do direito difuso não somente é extremamente difícil e impossível em alguns casos, como é questão absolutamente irrelevante e dispensável para a sua efetiva proteção em juízo. Com efeito, que importância poderia ter para a tutela jurisdicional o conhecimento de quem – exatamente – comporia a comunidade violada por uma publicidade enganosa, pela emissão de gases tóxicos ou pela colocação no mercado de um produto nocivo à saúde?” GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 22. nota de rodapé 54.

difusos, uma coletividade no caso dos direitos coletivos ou um conjunto de vítimas indivisivelmente considerado no caso dos direitos individuais homogêneos.¹³⁶

Em relação à divisibilidade do direito material (*aspecto objetivo*), os direitos difusos e coletivos, porque transindividuais, são indivisíveis. Como esses direitos não se constituem pela soma dos direitos individuais, configuram uma categoria autônoma de direito subjetivo, cujos titulares são uma comunidade ou coletividade. Como aponta Barbosa Moreira, a indivisibilidade é caracterizada pela impossibilidade de divisão em quotas atribuíveis individualmente a cada uma das pessoas que compõem a comunidade ou coletividade.¹³⁷

Por fim, em relação à origem, enquanto nos direitos difusos os membros que compõem a coletividade titular do direito não possuem prévio vínculo jurídico, nos direitos coletivos os membros da coletividade são ligados por uma prévia relação jurídica, seja essa relação entre os próprios membros, seja essa relação entre os membros e a parte contrária.¹³⁸

Sob esse aspecto, aproximam-se o direito difuso e o direito individual homogêneo. Em ambos os casos, os membros do grupo ou coletividade do direito são unidos por circunstâncias de fato.

José Rogério Cruz e Tucci exemplifica a existência de um direito coletivo e sua característica de distinção de um direito considerado difuso por meio de uma relação empregatícia. A indivisibilidade do direito é verificada a partir do momento em que, em uma demanda que tenha por objetivo a melhora das condições de trabalho dos empregados de determinada indústria, não é possível defender um empregado em detrimento da defesa do direito de outro. Todavia, esse direito coletivo difere do direito difuso, visto que limitado exclusivamente ao grupo determinado de trabalhadores da empresa demandada. A relação de emprego constitui, pois, a relação jurídica-base que une os membros do grupo titular do direito.¹³⁹

¹³⁶ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 22.

¹³⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 163-164.

¹³⁸ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 24.

¹³⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coord.). **Processo civil**: aspectos relevantes. v. 2. São Paulo, Método, 2007. p. 378.

Tratando especificamente dos direitos difusos, Hugo Nigro Mazzilli traz caracteres que os diferenciam do conceito de interesse público. Embora em muitos casos possa até coincidir o interesse de um grupo indeterminável de pessoas com o interesse do Estado com o interesse da sociedade como um todo (como o interesse ao meio ambiente sadio), a verdade é que nem todos os interesses difusos são compartilhados pela coletividade ou comungados pelo Estado.¹⁴⁰

De acordo com o mesmo autor, há direitos difusos: (i) tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público (como o do meio ambiente como um todo); (ii) menos abrangentes que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo disperso, mas que não chegam a confundir-se com o interesse geral da coletividade (como o dos consumidores de um produto); (iii) em conflito com o interesse da coletividade como um todo (como os interesses dos trabalhadores na indústria do tabaco); (iv) em conflito com o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica (como o interesse dos contribuintes); (v) atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si (interesses transindividuais reciprocamente conflitantes, com os dos que desfrutam do conforto dos aeroportos urbanos ou da animação dos chamados trios elétricos carnavalescos, em oposição aos interesses dos que se sentem prejudicados pela correspondente poluição sonora).¹⁴¹

Kazuo Watanabe traz alguns exemplos de direitos que são de natureza indivisível, seus titulares são pessoas indeterminadas e são ligadas tão somente por circunstâncias de fato, isto é, os assim definidos *direitos difusos*. A publicidade enganosa, veiculada por qualquer meio de comunicação, afeta um número incalculável de pessoas, sem que entre elas exista uma relação jurídica e sem que haja uma relação jurídica entre elas e o veículo de comunicação; a ofensa ao bem jurídico tutelado pelo artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor é indivisível no sentido de que a

¹⁴⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 54.

¹⁴¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 53-54.

veiculação da propaganda atinge todos os consumidores, e a cessação da publicidade ilegal beneficia todos indistintamente.¹⁴²

Ainda dentro das relações de consumo, exemplifica Kazuo Watanabe o direito difuso à saúde e segurança. De acordo com a regra do artigo 10 do Código de Defesa do Consumidor, “o fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.” A colocação do produto em mercado afeta todos os seus potenciais consumidores, que são de número incalculável e de não possuem uma relação jurídica entre si. Assim, como no exemplo anterior, o bem jurídico tutelado é indivisível, uma vez que um único ato ofensivo é suficiente para causar lesão a todos os potenciais consumidores, e a retirada do produto do mercado beneficia a todos de forma semelhante.¹⁴³

3.4 OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA

O mandado de segurança distingue-se de outras ações judiciais em virtude da índole do objeto que visa a tutelar. Para entender corretamente o objeto do *mandamus*, Alfredo Buzaid divide os direitos subjetivos em três classes: (i) a primeira classe de direitos subjetivos é aquela que, além de ser afirmada judicialmente, também deve ser provada, sob pena de o pedido formulado pelo autor ser rejeitado. Esses direitos são tutelados por meio das ações ordinárias (separação, reintegração, anulação de contrato etc.); (ii) a segunda classe de direitos são aqueles reconhecidos por documentos que, além de exprimirem a certeza da obrigação, também determinam sua liquidez (títulos executivos extrajudiciais como as letras de câmbio, duplicatas e notas promissórias), e comportam ação de execução; (iii) a terceira classe de direitos, que são objeto do mandado de segurança, são aqueles direitos líquidos e certos.¹⁴⁴

A diferença entre as três classes de tutela jurisdicional reside na maior ou menor intensidade do direito tutelado. Na terceira e última classe, hipótese do

¹⁴² WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. **Revista de Processo**, ano 17, n. 67, p. 15-25, jul./set. 1992. p. 16-17.

¹⁴³ WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. **Revista de Processo**, ano 17, n. 67, p. 15-25, jul./set. 1992. p. 17.

¹⁴⁴ BUZOID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 74-75.

mandado de segurança, uma vez que não há dilação probatória, o legislador limitou o número de atos praticados em seu procedimento, razão pela qual “o mandado de segurança é uma ação de índole sumaríssima”.¹⁴⁵

Como ação de conhecimento, o mandado de segurança comporta pedido meramente declaratório, constitutivo ou condenatório por parte do impetrante. Exemplo de pedido declaratório é aquele no qual se pede a declaração de inexistência de relação jurídica tributária em virtude de tributo inconstitucional ou cobrança ilegal. Exemplo de pedido constitutivo é o pedido de desconstituição de nomeação de servidor público em virtude da inobservância da ordem de classificação no concurso. Por fim, exemplo de pedido condenatório é aquele no qual servidor público demanda o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.¹⁴⁶

3.4.1 Direito líquido e certo

O mandado de segurança possui como pressuposto um *direito líquido e certo*. Embora seja um processo contencioso, o procedimento do *mandamus* não permite dilação probatória, ou, em outros termos, não permite a produção de prova testemunhal ou pericial. Exige-se para sua impetração prova documental pré-constituída.

A expressão *direito líquido e certo* não significa que se trata de um direito incontestável. A *liquidez* e a *certeza* do direito não são qualidades do direito subjetivo, mas, em verdade, estão ligadas ao direito *do ponto de vista probatório*.¹⁴⁷

O direito líquido e certo não significa um direito cuja demonstração não é complexa, ou seja, complexidade não é sinônimo de incerteza. Assim, não se pode

¹⁴⁵ BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 75.

¹⁴⁶ BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 76.

¹⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 318. Alfredo Buzaid entende que a definição de certeza e liquidez do direito não se trata de matéria processual, mas do próprio âmbito do direito material. “Entre *ius* e o *iudicium* há, pois, uma relação de anterioridade. O *ius* precede ao *iudicium* na ordem cronológica; é um *prius*; o *iudicium* sucede ao *ius* na função de declarar, prevenir e executar o direito. É um *posterius*. Sem o processo, não se faz valer o direito; sem o direito ameaçado ou violado, não nasce o processo. o direito líquido e certo pertence, portanto, à categoria do direito material, não podendo ser conceituado como ‘tipicamente processual’.” BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 86-87.

falar que o direito líquido e certo é aquele que não demanda maiores manejos para sua demonstração.¹⁴⁸

Quando a demonstração do direito pode ser realizada de plano, não se necessita de um procedimento para a produção de provas mais elaboradas, como a prova testemunhal e a pericial. Para o procedimento do mandado de segurança, basta um procedimento no qual sejam admitidas somente provas do tipo documental.¹⁴⁹

A prova documental difere da prova documentada. Enquanto a prova documentada é um meio *mediato* para a comprovação de fatos pretéritos, como é o que ocorre na redução a termo de um testemunho, a prova documental é um meio *imediato* de comprovação. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, “através desse meio de prova [prova documental], o juiz tem conhecimento do fato sem qualquer interferência valorativa outra, que não a sua própria. A interferência humana no fato, diante da prova documental, cinge-se à formação da coisa (documento) e à reconstrução do fato no futuro (pelo juiz ou pelas partes, por exemplo).”¹⁵⁰

Como o conceito de direito líquido e certo é nitidamente processual, é possível explicar a técnica de cognição exauriente *secundum eventum probationis* adotada no mandado de segurança. Quando o mandado de segurança exige prova diversa da documental, o juiz fica impedido de apreciar o mérito e, conseqüentemente, não há a formação da coisa julgada material. No caso oposto, apresentadas provas suficientes, o juiz julgará o mérito e a decisão produzirá coisa julgada material. Assim, “[...] o mandado de segurança é um procedimento que tem o exame do mérito condicionado à existência de prova capaz de fazer surgir cognição exauriente, razão pela qual se fala em cognição exauriente *secundum eventum probationis*.”¹⁵¹

¹⁴⁸ BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 84.

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 319.

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 552.

¹⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 320.

3.5 OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

A diferenciação entre difuso, coletivo e individual homogêneo é de suma importância para a delimitação do objeto do mandado de segurança coletivo, sobretudo em virtude da redação da legislação que regula o *mandamus* coletivo, qual seja, a Constituição Federal e a Lei 12.016/2009, e em virtude da interpretação doutrinária e dos tribunais desses dispositivos legais.

Como ação genuinamente coletiva, o mandado de segurança coletivo deve objetivar a proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, quando a lesão ou ameaça de lesão por ato ilegal ou abusivo de autoridade tiver prova documental pré-constituída.

Dessa forma, o termo “coletivo” empregado na nomenclatura do mandado de segurança não deve ser empregado no mesmo sentido de “direito coletivo”, tal qual disposto no artigo 81, parágrafo único, II, do Código de Defesa do Consumidor, isto é, como direitos 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. Na expressão “mandado de segurança coletivo”, o vocábulo “coletivo” deve ser entendido em seu sentido lato, o qual engloba, os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.¹⁵²

Todavia, em razão da diferenciação legislativa entre os direitos coletivo, difuso e individual homogêneo, os doutrinadores e também os Tribunais Superiores divergem sobre qual é o efetivo objeto do mandado de segurança coletivo.

Alfredo Buzaid, embora entenda que os vocábulos difuso e coletivo são distintos, acaba por restringir a aplicação do mandado de segurança coletivo. Sustenta que os direitos tutelados pelo mandado de segurança coletivo são os direitos líquidos e certos dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, de organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em

¹⁵² “Da mesma maneira que é incorreto dizer que ‘ação coletiva’ é aquela que defende apenas ‘direito coletivo’, não parece ser adequado vincular o *nomen iuris* do mandado de segurança coletivo ao direito que através dele se pode defender. Mesmo porque seria inconcebível que se criassem, ao lado do mandado de segurança coletivo, um ‘mandado de segurança difuso’ e um ‘mandado de segurança individual homogêneo’!!!” GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 80-81.

funcionamento há pelo menos um ano. A cláusula constitucional que trata do *mandamus* coletivo e de seus legitimados deveria ser entendida, do ponto de vista do autor, como somente aplicável quando houver ameaça ou lesão dos direitos dos legitimados, e não dos direitos coletivos em sentido próprio.¹⁵³

Além do equívoco de Alfredo Buzaid em dizer que os direitos pertencem aos legitimados pela carta constitucional, e não à classe ou grupo que representam, o autor também acaba por restringir a possibilidade de utilização do *mandamus* somente para a tutela dos representados por esses entes, e não a qualquer grupo, deixando de conferir tutela jurisdicional por meio do mandado de segurança coletivo a direitos coletivos pertencentes a grupos sem vínculos filiativos ou associativos.

Ainda, sustenta que as locuções *interesse coletivo* e *interesse difuso* não são aplicadas imediatamente ao mandado de segurança coletivo, uma vez que o remédio constitucional tem objeto certo e determinado, e somente é admissível, em sua opinião, em favor de partido político com representação no Congresso Nacional, bem como de organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros e associados.¹⁵⁴

Kazuo Watanabe, ao estudar a legitimação ativa para a tutela dos interesses difusos, ponderou se um corpo intermediário surgido para a defesa de determinado bem ou valor, a exemplo de uma associação civil, poderia ter acesso ao Judiciário para reclamar a tutela jurisdicional de determinado direito difuso.¹⁵⁵

Antes da promulgação da Constituição de 1988, e diante da existência no ordenamento jurídico brasileiro somente da previsão legal da ação popular, considerava o autor que, diante da redação do artigo 6º do Código de Processo Civil, em sede legislativa, somente é possível a defesa, por uma entidade, de direitos de seus

¹⁵³ BUZAID, Alfredo. **Considerações sobre o mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 21.

¹⁵⁴ BUZAID, Alfredo. **Considerações sobre o mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 51.

¹⁵⁵ WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.) **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984. p. 87.

membros, isto é, a entidade, em nome próprio e diante de permissão legal, pode postular a tutela de direitos de seus componentes.¹⁵⁶

Diante das redações dos dispositivos legais da época¹⁵⁷, conclui que somente é possível pelas mencionadas entidades a defesa de direitos coletivos, e não de direitos difusos, de modo que, explicitamente, a única hipótese de defesa de direitos difusos, embora com limitação, é Lei 4.717/1965, que instituiu a ação popular, e a Lei 6.938/1981, que traçou a política nacional do meio ambiente e, como um de seus mecanismos de formulação e aplicação, concedeu legitimação ao Ministério Público, da União, dos Estados, para propor ação de responsabilidade, não somente criminal, como também civil, por danos causados ao meio ambiente (artigo 14, § 1º).¹⁵⁸

Consequentemente, de acordo com o pensamento de Kazuo Watanabe, o objeto do mandado de segurança coletivo estaria relacionado com a entidade impetrante. Os legitimados ao impetrar o mandado de segurança coletivo somente poderiam fazê-lo para a defesa de direitos coletivos de seus associados, não se permitindo a tutela de direitos coletivos de não-associados ou de direitos que ultrapassassem o instituto da associação ou filiação.

Lúcia Valle Figueiredo sustenta que a Constituição não trouxe qualquer restrição à utilização do mandado de segurança coletivo para a tutela jurisdicional dos direitos difusos. Contudo, restringe a atuação dos sindicatos, como órgãos de classe, a

¹⁵⁶ WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.) **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984. p. 87-88.

¹⁵⁷ “[...] Veja-se, por exemplo, o art. 129 do Estatuto da Ordem dos Advogados, que confere legitimação para ‘todos os casos que digam respeito às prerrogativas, à dignidade e ao prestígio da advocacia’. Cite-se, também, a Lei 1.134, de 14 de junho de 1950, que outorga 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 das entidades autárquicas, de modo geral’, a faculdade de ‘representação coletiva ou individual de seus associados perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária’. No campo sindical, a Lei 6.708, de 30 de outubro de 1979, no art. 3º, § 2º, conferiu aos Sindicatos, ‘independentemente da outorga de poderes dos integrantes da respectiva categoria profissional apresentar reclamação na qualidade de substituto processual de seus associados, com o objetivo de assegurar a percepção dos valores salariais corrigidos na forma do artigo anterior’ (lei de correção semestral dos salários).” WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.) **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984. p. 88.

¹⁵⁸ WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.) **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984. p. 88-89.

defender somente os interesses da classe enquanto tal; das associações, aos interesses primários do grupo em sua totalidade; dos partidos políticos, como destinados a assegurar o regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos humanos fundamentais, somente pode ser objeto do mandado de segurança coletivo impetrado por partidos esse direito. A autora faz a ressalva de que o permissivo constitucional não restringe a atuação dos partidos políticos a seus associados, mas em sua argumentação restringe quais os direitos tutelados.¹⁵⁹

Celso Agrícola Barbi, ao analisar o remédio constitucional coletivo então criado pela Carta de 1988, entende que, sob um primeiro aspecto e a partir da interpretação da alínea *b* do inciso LXX do artigo 5º, o mandado de segurança coletivo é destinado a tutelar direitos subjetivos individuais dos membros dos sindicatos e dos associados de entidades de classe e associações. Sustenta que “são os mesmos *direitos* que, no sistema constitucional anterior [à Constituição de 1988], somente poderiam ser reclamados por seus titulares, mas que, agora, poderão ser reclamados por aquelas entidades em favor dos seus membros ou associados.”¹⁶⁰

De acordo com a atual definição de direitos coletivos, direitos difusos e direitos individuais homogêneos, entende o autor, em um primeiro momento, que é possível a utilização do mandado de segurança coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos do membros ou associados dos legitimados pela alínea *b* do permissivo constitucional, os quais, ainda que possam ser tutelados individualmente, são resguardados também por meio da tutela coletiva de direitos.¹⁶¹

¹⁵⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Perfil do mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989. p. 15-19

¹⁶⁰ BARBI, Celso Agrícola. Mandado de segurança na Constituição de 1988. **Revista de Processo**, ano 15, n. 57, p. 7-12, jan./mar. 1990. p. 8.

¹⁶¹ Como à época ainda era dúbia a classificação dos direitos, o exemplo permite identificar que se tratam de direitos individuais homogêneos: “Para esclarecer nosso pensamento, damos o exemplo do ato de uma autoridade que se recusa a pagar a URP [A Unidade de Referência de Preços (URP) foi um mecanismo de correção salarial criado pelo Plano Bresser (1987) para repor perdas inflacionárias. Em 1989, o Plano Verão extinguiu a unidade] a servidores públicos, em obediência ao decreto do Poder Executivo. Cada servidor, que entenda ilegal o decreto e o ato de recusa ao pagamento, tem legitimação para requerer o mandado de segurança a fim de proteger *seu* direito subjetivo à percepção da URP. Mas agora a organização sindical, a entidade de classe ou associação também têm legitimação para requerer mandado de segurança destinado a pleitear o pagamento da URP aos seus membros ou associados.” BARBI, Celso Agrícola. Mandado de segurança na Constituição de 1988. **Revista de Processo**, ano 15, n. 57, p. 7-12, jan./mar. 1990. p. 8.

Sob um segundo aspecto, isto é, para a proteção de interesses difusos ou coletivos, Celso Agrícola Barbi faz a diferenciação entre as alíneas *a* e *b* do permissivo constitucional. Por um lado, sindicatos, entidades de classe e associações reúnem, em regra, pessoas com interesses comuns, e a essas entidades é dada a legitimidade para a tutela dos interesses dos membros ou associados; assim, como a palavra empregada pela Constituição é *interesses*, e não direitos – que poderiam ser entendidos somente como *direitos subjetivos* –, deve-se interpretar extensivamente o dispositivo, permitindo, dessa forma, a utilização do mandado de segurança coletivo pela organização sindical, entidade de classe ou associação, na defesa dos interesses, ou melhor, direitos coletivos, de seus membros ou associados.

Por outro lado, em relação aos partidos políticos, embora possam reunir pessoas com afinidade de ideias políticas, congrega elementos heterogêneos e, por isso, seria pouco provável que os partidos pudessem agir em defesa de direitos subjetivos de cidadãos por meio do mandado de segurança coletivo. Assim, ao tratar do partido político como legitimado à impetração do *mandamus*, entende que o legitimado pode agir na defesa do interesse da sociedade, isto é, pode também atuar na defesa de interesses difusos e coletivos.¹⁶²

Todavia, embora Celso Agrícola Barbi admita a possibilidade de utilização do mandado de segurança coletivo para a tutela dos atualmente denominados direitos difusos, somente o permite quando o legitimado é o partido político, conforme delineado pela alínea *a* do permissivo constitucional. Dessa forma, o autor acaba por restringir a somente esse legitimado a tutela jurisdicional dos direitos difusos.

Ada Pellegrini Grinover, ainda antes da edição do Código de Defesa do Consumidor e, por consequência, da distinção legal entre direitos coletivos, direitos difusos e direitos individuais homogêneos, também tratou do objeto do mandado de segurança coletivo, remédio constitucional recém-criado pela Constituição de 1988.

Em relação à alínea *a* do permissivo constitucional, em virtude da amplitude da redação do dispositivo, nenhuma restrição poderia ser feita de acordo com a autora, ou seja, o partido político está legitimado a agir na defesa de todo e qualquer direito,

¹⁶² BARBI, Celso Agrícola. Mandado de segurança na Constituição de 1988. **Revista de Processo**, ano 15, n. 57, p. 7-12, jan./mar. 1990. p. 11.

seja de natureza eleitoral ou não. Ao defender direitos de natureza eleitoral, sustenta a Ada Pellegrini Grinover que o partido político é investido de legitimação ordinária; ao atuar em defesa do consumidor, do ambiente, dos contribuintes etc., estaria o partido político agindo como substituto processual, defendendo em nome próprio direito alheio.¹⁶³

Em relação à alínea *b* do permissivo constitucional, sustenta que, a princípio, a redação parece restritiva no que se refere à “defesa dos interesses de seus membros ou associados”, levando eventualmente a ser interpretada no sentido de que os interesses visados são apenas os coletivos e os individuais homogêneos. No entanto, com fundamentação na maior amplitude do instrumento potenciado – o é pois se trata de uma ação prevista na Carta constitucional –, e pelas disposições constitucionais do artigo 8º, III, para os sindicatos¹⁶⁴ e do artigo 5º, XXI¹⁶⁵, para as entidades associativas, essa interpretação restritiva tornaria o permissivo constitucional supérfluo.¹⁶⁶

Nelson Nery Júnior defende a utilização do mandado de segurança coletivo para os direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. Sustenta, com fundamento em uma interpretação extensiva do direito ao *mandamus* coletivo – que vem a ser direito fundamental por estar disposto no artigo 5º da Constituição Federal¹⁶⁷ –, que o escopo quando da criação do mandado de segurança coletivo pela Constituição não foi o de restringi-lo a fim de que as entidades legitimadas somente defendessem os direitos de seus associados, ou, ainda, os coletivos de uma categoria

¹⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto. **Revista de Processo**, ano 15, n. 57, p. 96-101, jan./mar. 1990. p. 100.

¹⁶⁴ Assim dispõe o artigo 8º, *caput* e inciso III, da Constituição Federal: “É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...] III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.”

¹⁶⁵ Conforme a redação constitucional, “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.”

¹⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto. **Revista de Processo**, ano 15, n. 57, p. 96-101, jan./mar. 1990. p. 100.

¹⁶⁷ “No que tange aos direitos fundamentais, como o do mandado de segurança, a doutrina tem preconizado a incidência do princípio interpretativo da *vis expansiva*, segundo o qual devem ser adotadas ‘técnicas concretas tendentes a favorecer a implantação e a estender o conteúdo dos direitos fundamentais’.” NERY JÚNIOR, Nelson. Mandado de segurança coletivo: instituto que não alterou a natureza do mandado de segurança já constante das Constituições anteriores – partidos políticos – legitimidade *ad causam*. **Revista de Processo**, ano 15, n. 57, p. 150-158, jan./mar. 1990. p. 153.

ou grupo de pessoas. “Ao contrário, foi de estabelecer única e simplesmente *regra processual de legitimação ativa para a causa*.”¹⁶⁸

De acordo com o autor, a regra de *direito material* à segurança estaria no inciso LXIX do artigo 5º, e nele há menção do cabimento do remédio constitucional para a reparação de lesão a *direito*, diferentemente da Constituição anterior de 1969, que falava em *direito individual*, o que significa dizer que o *writ* pode ser utilizado para a defesa de direitos de natureza individual, coletiva ou difusa.¹⁶⁹

Para Uadi Lammêgo Bulos, apenas se presta o *mandamus* para os direitos individuais homogêneos e coletivos, e não aos direitos difusos. Para o autor, os direitos difusos, por serem muito amplos, fluidos e amorfos, não podem ser comprovados documentalmente e, conseqüentemente, para esses direitos não é possível o preenchimento do requisito de prova documental necessário a utilização do remédio constitucional.¹⁷⁰

José Rogério Cruz e Tucci entende que o mandado de segurança coletivo presta-se somente à defesa dos direitos coletivos, e não dos direitos difusos e individuais homogêneos. Considera que somente os direitos coletivos, pertencentes a uma determinada categoria composta por membros em comunhão social, podem ser objeto do mandado de segurança coletivo.¹⁷¹

Athos Gusmão Carneiro sublinha, corretamente, que para o ajuizamento do mandado de segurança coletivo são exigíveis os mesmos pressupostos do mandado de segurança individual, a começar pela afirmação da existência de direito líquido e certo. Entretanto, o autor peca em considerar o *writ* inadmissível relativamente aos direitos difusos, pois eles, em seu entender, devem ser protegidos por outro remédio jurídico,

¹⁶⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. Mandado de segurança coletivo: instituto que não alterou a natureza do mandado de segurança já constante das Constituições anteriores – partidos políticos – legitimidade *ad causam*. **Revista de Processo**, ano 15, n. 57, p. 150-158, jan./mar. 1990. p. 153.

¹⁶⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. Mandado de segurança coletivo: instituto que não alterou a natureza do mandado de segurança já constante das Constituições anteriores – partidos políticos – legitimidade *ad causam*. **Revista de Processo**, ano 15, n. 57, p. 150-158, jan./mar. 1990. p. 155.

¹⁷⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 7. ed. rev. e atual. até a emenda constitucional n. 53/2006. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 378.

¹⁷¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. “**Class action**” e mandado de segurança coletivo. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 40-41.

qual seja, a ação civil pública.¹⁷² Essa posição também é compartilhada por Wilson de Souza Campos Batalha.¹⁷³

José da Silva Pacheco, ao tratar do mandado de segurança coletivo, considera que as condições para o *mandamus* coletivo são as mesmas do mandado de segurança individual, quais sejam, lesão ou ameaça de direito líquido e certo, excluído de *habeas corpus* e *habeas data*, e ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública ou agente de prestadora de serviço público. Faz a ressalva, porém, acerca da legitimação ativa.

O autor pondera que, ao analisar se é possível o partido ou a associação impetrar mandado de segurança coletivo para a defesa do meio ambiente, da flora, da fauna, do equilíbrio ecológico, da paisagem, do patrimônio histórico, artístico, estético, ou contra a poluição, inicialmente, deve-se observar que a própria ação civil pública e a ação popular objetivam também a tutela de direitos difusos; em segundo lugar, que o mandado de segurança, seja a título singular ou a título coletivo, depende de direito líquido e certo. A princípio, de acordo com essas duas premissas, não seria possível a defesa de direitos difusos que não líquidos e certos. Todavia, defende o autor que, a partir do momento em que a carta constitucional declarou os direitos e deveres individuais e coletivos, e expressamente o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225), não somente o indivíduo possui direito líquido e certo, bem como um grupo ou toda a sociedade.¹⁷⁴

Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes são explícitos ao não admitir o mandado de segurança para a defesa de direitos difusos, os quais deveriam ser protegidos por meio da ação civil pública. Acrescentam que, como a Lei 12.016/2009 não fez menção a esses direitos, estaria reforçada a tese de que somente podem ser tutelados pelo *mandamus* coletivo os direitos coletivos e os direitos

¹⁷² CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o mandado de segurança coletivo, nos termos da Lei 12.016/2009. *Revista de Processo*, ano 34, n. 178, p. 9-46, dez. 2009. p. 12.

¹⁷³ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito processual das coletividades e dos grupos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.

¹⁷⁴ PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

individuais homogêneos, desde que pertencentes à totalidade ou a parte dos associados ou membros do impetrante.¹⁷⁵

Cássio Scarpinella Bueno argumenta que pode ser “sustentada com tranquilidade” a tese de que a decisão do mandado de coletivo somente pode afeta as pessoas que estejam diretamente vinculadas ao impetrante. Ressalta seu posicionamento ao afirmar que a possibilidade de julgamentos antagônicos, a depender do pessoa do impetrante, tem foros de contradição lógica, mas não jurídica.¹⁷⁶

Antonio Herman Benjamin e Gregório Assagra de Almeida entendem que a previsão constitucional do mandado de segurança não traz qualquer restrição quanto ao seu objeto. Dessa forma, consideram que a melhor interpretação constitucional é aquela da acordo com a qual o mandado de segurança coletivo pode ser utilizado para tutelar, além de direitos individuais, direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. De acordo com os autores, interpretação em sentido contrário violaria o princípio constitucional da proibição do retrocesso social.¹⁷⁷ Contudo, restringem a utilização do *mandamus* somente para direitos que digam respeito aos membros do ente legitimado ou que, de alguma forma, guardem alguma relação com suas finalidades institucionais.¹⁷⁸

Luis Manoel Gomes Junior e Rogério Favreto sustentam que qualquer tipo de direito pode ser veiculado ou defendido em sede de mandado de segurança coletivo, inclusive os difusos. Defendem que o artigo 83 da Lei 8.078/1990, ao integrar o sistema de proteção de direitos coletivos, autoriza a utilização de qualquer espécie de demanda, inclusive o mandado de segurança coletivo, para a tutela dos direitos

¹⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 123-124.

¹⁷⁶ BUENO, Casio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, ano 21, n. 82, p. 92-151, abr./jun. 1996. p. 121-122.

¹⁷⁷ BENJAMIN, Antonio Herman V.; ALMEIDA, Gregório Assagra de. Legitimidade ativa e objeto material no mandado de segurança coletivo. **Revista dos Tribunais**, ano 99, v. 895, p. 9-58, mai. 2010. p. 27.

¹⁷⁸ BENJAMIN, Antonio Herman V.; ALMEIDA, Gregório Assagra de. Legitimidade ativa e objeto material no mandado de segurança coletivo. **Revista dos Tribunais**, ano 99, v. 895, p. 9-58, mai. 2010. p. 35; 54-55.

difusos, apesar de não estarem incluídos na lei que regulamenta o mandado de segurança.¹⁷⁹

Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos chegam ao mesmo entendimento, mas por caminho diverso. Os autores também são defensores de que deve ser desconsiderada a omissão dos direitos difusos na Lei 12.016/2009, podendo ser objeto de tutela por meio do mandado de segurança coletivo qualquer direito coletivo em sentido lato. Todavia, fundamentam seu posicionamento com a argumentação de que, se os entes legitimados tiverem, entre seus fins institucionais, a proteção de direitos que atinjam a todos os seus membros ou associados de forma indivisível, não haveria como excluir os direitos difusos de proteção por meio do mandado de segurança coletivo.¹⁸⁰

3.6 CONCLUSÕES E PROPOSTAS

A doutrina e a jurisprudência divergem sobre quais os direitos que podem ser tutelados por meio do mandado de segurança coletivo. Essa questão complica-se mais ainda no caso dessa ação coletiva, pois são dados tratamentos distintos conforme se considera o partido político como legitimado ou as organizações sindicais, as entidades de classe e as associações legalmente constituídas.

Em primeiro lugar, não se deve fazer distinção ao direito a ser tutelado a depender de qual é o ente legitimado que atua em juízo. Não há explicação plausível que justifique, de um lado, a adequação dos partidos políticos para defender quaisquer direitos coletivos e, de outro, que não sejam adequados os demais entes legitimados. A agregação de pessoas cujos fins e ideologias políticas em tese convergiram, caso dos partidos políticos, não é capaz por si só de conferir-lhe maior adequação do que em relação aos demais legitimados.

¹⁷⁹ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FRAVETO, Rogério. Mandado de segurança coletivo – legitimidade e objeto – análise dos seus principais aspectos – lei 12.016/2009. **Revista dos Tribunais**, ano 99, v. 898, p. 79-112, ago. 2010. p. 104.

¹⁸⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. O mandado de segurança na disciplina da Lei 12.016, de 07.08.2009. **Revista de Processo**, ano 34, n. 177, p. 185-208, nov. 2009. p. 204.

Por essa razão, a todos os legitimados deve ser dado tratamento uniforme e liberdade para tutelar quaisquer direitos coletivos, seja por meio do mandado de segurança coletivo, seja por meio das outras ações coletivas. Não se pode confundir o requisito da adequada representação com o objeto das ações coletivas.

Toda interpretação que diferencia o objeto do mandado de segurança coletivo de acordo com o impetrante é incorreta. Esse entendimento cria categorias distintas de legitimados: alguns poderiam atuar na defesa de qualquer direito, independentemente de filiação ou associação, e outros seriam limitados a somente atuar na defesa de seus associados.

Ademais, é ilógica a interpretação de que somente são tutelados os direitos de um grupo, comunidade ou coletividade que esteja associada ao impetrante. De forma errônea, é a essa conclusão que chegam os doutrinadores e a jurisprudência, em virtude da redação do permissivo constitucional e em razão do *caput* do artigo 21 da Lei 12.016/2009.

Os direitos difusos e coletivos, de acordo com a definição legal, são transindividuais e indivisíveis, e possuem como titulares um grupo de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou circunstâncias de direito. Dessa forma, o objeto a ser protegido pelo mandado de segurança coletivo e pelas demais ações coletivas é o direito do grupo, independentemente se haja membros do grupo que não sejam associados ou filiados ao autor da ação coletiva.

Ainda, ao contrário do que afirma Uadi Lammêgo Bulos, não há qualquer óbice em provar a liquidez e certeza do direito em relação a qualquer direito metaindividual ou a qualquer direito individual homogêneo, motivo pelo qual não se sustenta a tese de que os direitos difusos, em particular, não podem ser comprovados documentalmente.¹⁸¹ A prática de ilegalidade ou de abuso de poder pode lesionar ou ameaçar de lesão qualquer direito, individual ou metaindividual, o que justificaria a utilização do mandado de segurança, tanto em questões somente de direito, quanto em

¹⁸¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 65 *apud* BENJAMIN, Antonio Herman V.; ALMEIDA, Gregório Assagra de. Legitimidade ativa e objeto material no mandado de segurança coletivo. **Revista dos Tribunais**, ano 99, v. 895, p. 9-58, mai. 2010. p. 52. nota de rodapé 66.

questões de direito e de fato nas quais exista prova documental pré-constituída apta a comprovar os fatos alegados.¹⁸²

Ultrapassadas essas questões, convém tecer alguns comentários sobre a peculiaridade do direito brasileiro. O artigo 81, parágrafo único, da Lei 8.078/1990, define e diferencia os direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.

Diante das diferentes definições da doutrina italiana ao estudar as tutelas coletivas – doutrina que possui grande influência na processualística civil brasileira –, a definição legal dos direitos coletivos e a criação da categoria de direitos individuais homogêneos foi de grande valia para o desenvolvimento da tutela coletiva no direito pátrio. A definição conflitante desses direitos poderia trazer inconsistências na prestação da tutela jurisdicional, motivo pelo qual se procurou sua definição em lei.¹⁸³

Diante dessa divergência de conceituação, como aponta Antonio Gidi, a positivação desses conceitos acadêmicos pela Lei 8.078/1990, no momento histórico de sua promulgação, foi importante para a certeza e aplicação da lei então promulgada.¹⁸⁴ Os autores do projeto de Código de Defesa do Consumidor utilizaram-se dessa estratégia para facilitar a implementação da tutela desses direitos, de modo a evitar que outros conceitos igualmente acadêmicos comprometessem a eficácia da legislação processual em matéria coletiva.¹⁸⁵

Entretanto, o mesmo autor apontou para os riscos práticos e teóricos para a existência de uma definição legal dos direitos coletivos, quais sejam, a criação de diferentes procedimentos para os três tipos de direitos e a existência de procedimentos distintos previstos na Lei 7.347/1985 e na Lei 8.078/1990.¹⁸⁶ A isso deve acrescentar-

¹⁸² BENJAMIN, Antonio Herman V.; ALMEIDA, Gregório Assagra de. Legitimidade ativa e objeto material no mandado de segurança coletivo. **Revista dos Tribunais**, ano 99, v. 895, p. 9-58, mai. 2010. p. 53. ZANETI JUNIOR, Hermes. **Mandado de segurança coletivo**: aspectos processuais controversos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 81.

¹⁸³ GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: Forense 2008. p. 203-204.

¹⁸⁴ GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil**: un modelo para países de derecho civil. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 64-65.

¹⁸⁵ GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: Forense 2008. p. 205.

¹⁸⁶ GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil**: un modelo para países de derecho civil. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 66. GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: Forense 2008. p. 206.

se que, no mandado de segurança coletivo, essas definições legais acabam por diferenciar ou inibir a tutela jurisdicional obtida por meio dessa ação coletiva.

A Lei 12.016/2009, com suporte na definição legal da Lei 8.078/1990, definiu que o mandado de segurança somente ser utilizado para a tutela de direitos coletivos, assim entendidos “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”, e de direitos individuais homogêneos, assim entendidos “os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante” (artigo 21, parágrafo único).

A referida previsão legal pode até ter sentido quando interpretada conjuntamente com o seu *caput*, pois os entes legitimados somente poderiam utilizar-se do *mandamus* coletivo para proteger os direitos de seus membros e associados, sejam individualmente, sejam na qualidade de membros do grupo titular do direito coletivo. No entanto, os membros do grupo titular do direito metaindividual não se resumem a integrantes, membros ou associados de determinada entidade, tampouco o titular do direito difuso possui correspondência, em regra, a um grupo ou categoria de associados.

Independentemente de como sejam chamados, os direitos metaindividuais são qualificados como pertencentes a um grupo ou coletividade, e não são qualificados de acordo com os membros desse grupo ou coletividade. Uma interpretação literal do artigo 21 anteriormente mencionado inibe a efetiva prestação da tutela jurisdicional por meio do mandado de segurança coletivo.

Não obstante o dispositivo infraconstitucional, uma vez que a previsão constitucional do mandado de segurança coletivo não traz qualquer restrição para a hipótese de impetração por partido político, diferenciam os doutrinadores e a jurisprudência anteriormente mencionados qual é o objeto do mandado de segurança coletivo, sempre a depender de qual é o legitimado a utilizar o remédio constitucional.

Novamente, vai de encontro à garantia de tutela jurisdicional a direito violado ou ameaçado de violação a simples diferenciação do objeto de acordo com a entidade que figura no polo ativo da relação jurídica processual. Ademais, a nomenclatura utilizada pela lei regulamentadora do mandado de segurança, ou mesmo pela lei que

dispõe sobre a proteção do consumidor, não é argumento suficiente para diferenciar a prestação da tutela jurisdicional, muito menos a limitar aqueles que podem ser beneficiados ou mesmo prejudicados pela decisão judicial.

Poder-se-ia argumentar que, mesmo diante da previsão legal e constitucional, os assim denominados direitos difusos também poderiam ser amparados por meio do *writ* coletivo, pois, ao mesmo tempo em que pertencem a coletividade cujos titulares são pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, simultaneamente pertencem a coletividades cujos titulares estão reunidos em associações ou agremiações.

Imagine-se a hipótese de uma associação de moradores que possuísse, dentre seus fins institucionais, a proteção do ambiente e da saúde daqueles que residem em determinado bairro ou localidade. Um eventual mandado de segurança coletivo impetrado por essa associação pode ter como objeto a tutela jurisdicional do direito ao ambiente saudável ou do direito a um mínimo de condições de salubridade. Embora sejam direitos notadamente difusos, caracterizados pela nota de indivisibilidade e pela titularidade de uma coletividade cujos membros são indeterminados, não há empecilho legal (ou mesmo jurisprudencial) para que esses direitos possam ser tutelados pela associação de moradores por meio do mandado de segurança coletivo. No caso de procedência ou improcedência dessa ação, no plano do direito material, não somente seriam beneficiados ou prejudicados os membros dessa associação de moradores, mas os moradores de bairros vizinhos ou mesmo de outras localidades também afetados pelo ato ilegal, uma vez que o direito à saúde e ao meio ambiente saudável são *indivisíveis*.

A correta interpretação dessa tese é que a decisão proferida nessa ação coletiva possui *eficácia reflexa* àqueles que não são membros da entidade impetrante do mandado de segurança coletivo. Entretanto, isso não permite concluir que se está diante da possibilidade real de tutela de um direito difuso, uma vez que um dos caracteres diferenciadores das ações coletivas é também a coisa julgada, ou melhor, a eficácia da imutabilidade do comando da decisão judicial.

Imagine-se que a demanda proposta pela associação de moradores fosse julgada procedente. Tal situação, de acordo com a previsão legal, não impediria que

outra associação de moradores vizinha à primeira também impetrasse seu mandado de segurança para tutelar o mesmo direito à saúde ou ao meio ambiente saudável que, além de pertencente à coletividade representada pela primeira associação, também pertence à coletividade representada pela segunda associação. Afinal, o direito à saúde ou ao meio ambiente sadio não se resume a um número definido de pessoas que estejam filiadas ou associadas a determinado ente. Em outros termos, é em virtude da indivisibilidade do direito tutelado que a decisão proferida no primeiro mandado de segurança beneficia a segunda comunidade, e não em razão de o mandado de segurança, de acordo essa linha de argumentação, poder ser utilizado para a tutela de qualquer direito metaindividual.

Fica clara essa diferenciação quando se verificam os prejudicados ou beneficiados pela imutabilidade do comando da decisão judicial. Ainda de acordo com o exemplo e de acordo com a definição legal, somente aqueles que são membros da entidade impetrante seriam os beneficiados ou prejudicados pela coisa julgada. Os não-membros, embora componentes do grupo, comunidade ou coletividade titular do direito, não seriam atingidos pela eficácia preclusiva da coisa julgada.

Torna-se evidente que o direito material não é adequadamente tutelado, pois o grupo titular do direito coletivo não se resume aos membros da associação impetrante. Desse modo, em virtude da discrepância na tutela jurisdicional em razão do conceito e do pretense objeto do mandado de segurança coletivo, outra solução deve ser adotada para que a tutela jurisdicional por meio do *mandamus* coletiva não seja mitigada, bem como sejam evitados outros erros que, desde a promulgação da Lei 8.078/1990, a jurisprudência insiste em incorrer.

Elton Venturi tece críticas quando, sob a argumento de que o direito não se enquadra no esquema conceitual definido em lei, nega-se admissibilidade às ações coletivas. Sustenta que a existência de definição legal dos direitos metaindividuais naturalmente cria uma série de especulações hermenêuticas voltadas tanto ao reconhecimento da tipologia desses direitos quanto aos pressupostos de admissibilidade de sua tutela jurisdicional. A necessidade de tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais não advém do fato de serem classificados como difusos,

coletivos e individuais homogêneos, mas pelo fato de constituírem direitos constitucionalmente assegurados.¹⁸⁷

Para tanto, defende Antonio Gidi que o direito brasileiro adote o requisito da “questão comum de fato ou de direito” já previsto no ordenamento jurídico norte-americano, por ser mais preciso e abrangente. Entende o autor que o requisito da questão comum é suficientemente preciso e permite a flexibilidade necessária para o adequado tratamento dos direitos coletivos ou, na nomenclatura do autor, dos direitos de grupo.¹⁸⁸

A inexistência de questões comuns de fato ou de direito culmina na inadequação de uma ação coletiva para a defesa de um direito. Se esse requisito não se faz presente, não se pode falar em um direito coletivo a demandar tutela jurisdicional, mas sim de um direito individual.¹⁸⁹

Antonio Gidi traz a lição de Geoffrey C. Hazard Jr. para auxiliar na definição da questão comum. A peculiaridade das ações coletivas é a existência de um grande número de pessoas que, em algum aspecto de suas situações jurídicas, são indistinguíveis entre si, e, portanto, podem ser tratadas de forma como se fossem uma única pessoa. “Isso acontece porque, nesse aspecto, elas foram tratadas pela parte contrária como se uma só pessoa fossem”.¹⁹⁰

O requisito da questão comum de fato ou de direito já estaria presente de forma implícita na atual definição de direito difuso, coletivo e individual homogêneo.¹⁹¹ Dessa forma, a única distinção relevante seria aquela entre os direitos transindividuais e individuais homogêneos. Os primeiros, que por sua natureza devem ser tratados como um todo, cujas partes são indissociáveis, e os segundos, que, em

¹⁸⁷ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil; perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 84-95.

¹⁸⁸ GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: Forense 2008. p. 212.

¹⁸⁹ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 80.

¹⁹⁰ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 81.

¹⁹¹ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 81. GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: Forense 2008. p. 214.

virtude da quantidade de titulares e de sua origem comum, merecem tratamento coletivo.¹⁹²

Independentemente da classificação que se adote para facilitar a compreensão dos direitos coletivos, não se pode olvidar que não é simplesmente por meio dessa classificação que se permite ou inibe sua tutela jurisdicional. Situações jurídicas idênticas merecem tratamento jurisdicional idêntico (direito individual homogêneo), e direitos pertencentes a um grupo ou coletividade merecem tratamento unitário (direitos metaindividuais).

Tome-se o exemplo do direito material sob o perspectiva individual. A sistematização desses direitos não significa que determinados direitos são dignos de tutela e outros não o são. Esse mesmo entendimento deve ser aplicado aos direitos coletivos: independentemente da sistematização utilizada, não se pode criar um critério para selecionar quais merecem proteção jurisdicional.

Em resumo, a classificação presente na Lei 8.078/1990 teve como objetivo facilitar a prestação da tutela jurisdicional aos direitos metaindividuais, cuja definição e conceituação era e por vezes continua sendo vacilante. Não obstante, a repetição dessa classificação pela Lei 12.016/2009 acaba por reduzir a utilização do mandado de segurança coletivo como meio eficaz de tutela de todos os direitos coletivos. A partir do momento em que as definições legais são utilizadas não mais para facilitar a proteção dos direitos coletivos nos tribunais, mas para limitar a prestação da tutela jurisdicional em relação a esses direitos, pode ser conveniente deixá-las de lado e voltar-se ao que realmente interessa: a efetiva tutela jurisdicional dos direitos coletivos.

¹⁹² GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: Forense 2008. p. 215.

4 COISA JULGADA

O exercício da jurisdição tem por objetivo a produção de decisões para a solução de conflitos entre as partes oriundos da lesão de direitos, ou, contemporaneamente, também tem por objetivo agir proativamente de modo tutelar a ameaça de violação a um direito. A jurisdição exerce sua função, na definição de Giuseppe Chiovenda, ao atuar a vontade concreta da lei, isto é, ao aplicar à demanda entre as partes litigantes a norma adequada para a situação levada a juízo.¹⁹³

Todavia, a racionalidade da jurisdição no Estado contemporâneo transcende a mera atuação da vontade concreta da lei. Hoje, a lei submete-se às normas constitucionais, devendo ser conformada pelos princípios constitucionais de justiça e pelos direitos fundamentais. Dizer que a lei tem sua substância moldada pela Constituição implica em admitir que o juiz não é mais um funcionário público que objetiva solucionar os casos conflitivos mediante a afirmação do texto da lei, mas sim um agente do poder que, por meio da adequada interpretação da lei e do controle da sua constitucionalidade, tem o dever de definir os litígios fazendo valer os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais.¹⁹⁴

A tutela jurisdicional tem uma óbvia natureza instrumental em relação ao direito material. A tutela jurisdicional, além de tomar em conta a Constituição, deve considerar o caso e as necessidades do direito material, uma vez que as normas constitucionais devem iluminar a tarefa de tutela jurisdicional dos direitos.

As decisões jurisdicionais que julgam os conflitos, e assim colocam fim aos processos, são revestidas do atributo da definitividade, ou seja, são dotadas das características da indiscutibilidade e da imutabilidade. De nada adiantaria a jurisdição se os conflitos, uma vez resolvidos, pudessem ser rediscutidos, ou caso a solução do juiz pudesse ser negada. De modo que a decisão jurisdicional, além de resolver os conflitos, deve ser imposta, tornando-se imutável e indiscutível.

¹⁹³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 3.

¹⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 21-153.

A decisão judicial que resolve a questão levada a juízo produz efeitos em toda a sociedade, isto é, a sentença possui uma eficácia natural diante de todos os submetidos à jurisdição, integrantes ou não da relação jurídica processual. O conteúdo de declaração, constituição e condenação presentes nas sentenças produzem eficácia jurídica, isto é, produzem força obrigatória, em virtude da natureza imperativa e da autoridade que a produz.¹⁹⁵

José Carlos Barbosa Moreira defende que a sentença, assim como todo ato jurídico, é dotada de eficácia, ou seja, em abstrato, é dotada de aptidão a produzir efeitos. Além do plano abstrato, para que a sentença produza efeitos concretos, é necessária a fixação do momento para tal, ou seja, é necessário fixar pressupostos para a produção de efeitos. Esses pressupostos que definem a quem, como e quanto a sentença produz efeitos são definidos em lei.¹⁹⁶

A autoridade da coisa julgada, diferentemente da eficácia da sentença, é a qualidade ou o modo de ser de seus efeitos.¹⁹⁷ Não somente a existência formal do ato judicial da sentença, mas os efeitos do atos tornam-se imutáveis. Imutabilidade, definitividade, intangibilidade, incontestabilidade são vocábulos que nada significam se empregados isoladamente, mas sim exprimem um atributo, uma qualidade particular do objeto a que se referem.¹⁹⁸

A eficácia da sentença e a sua imutabilidade suscitam duas ordens de questões inconfundíveis e, em linha de princípio, autônomas. Do ponto de vista conceptual, nada nos força a admitir correlação necessária entre os dois fenômenos. O mais superficial exame do que se passa no mundo do direito mostra que é perfeitamente normal a produção de efeitos por ato jurídico suscetível de modificação ou desfazimento. Mostra também que podem deixar de manifestar-se, ou ver-se tolhidos ou alterados, os efeitos de um ato jurídico, não obstante permaneça este, em si, intacto, assim como podem subsistir, no todo ou em parte, os efeitos de um ato jurídico que se modifica ou se desfaz; em

¹⁹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 23. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 105.

¹⁹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 99-101.

¹⁹⁷ Mais que uma qualidade, sustenta José Carlos Barbosa Moreira que a coisa julgada é uma situação jurídica, pois os efeitos da sentença não são perenes na realidade fática, podendo ser alterados por novos fatos além daqueles discutidos em juízo. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada In: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 113.

¹⁹⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 6. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958. p. 401

outras palavras: mostra que a subsistência *do ato* e a subsistência *dos efeitos* são coisas distintas, sem obrigatória implicação recíproca. A parêmia *sublata causa, tollitur effectus*, no campo do direito, significará quando muito que, desfeito o ato, *daí em diante* cessa de surtir efeitos; não significa necessariamente mais do que isso. Quanto à relação entre eficácia e imutabilidade, nada existe que vincule *a priori* aquela a esta, ou esta àquela.¹⁹⁹

A distinção entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, como já apontado por Enrico Tullio Liebman²⁰⁰, tem grande influência sobre a produção de efeitos da sentença, notadamente, a terceiros, matéria de suma importância quando se trata de decisões que não afetam somente as partes em juízo, mas terceiros que não fazem parte da relação jurídica processual, situação das tutelas coletivas.

4.1 FUNDAMENTAÇÃO DA COISA JULGADA

A coisa julgada possui fundamentação de natureza jurídica e fundamentação de natureza política.²⁰¹ Sob o aspecto de fundamentação jurídica do instituto, trata-se de presunção de verdade, de ficção de verdade, de extinção da obrigação jurisdicional.²⁰² Do ponto de vista político, a coisa julgada, assim como os institutos da decadência e da prescrição, é concebida para evitar a perduração de situações indefinidas, algo que compromete a segurança da vida social.²⁰³

A racionalidade da coisa julgada não é natural ou mesmo de direito natural, sem a qual o próprio direito não existiria, sem a qual a incerteza reinaria nas relações sociais e o caos e a desordem seriam habituais nos fenômenos jurídicos. Mesmo que para o sistema do direito seja de suma importância a certeza, em determinadas situações a certeza deve dar lugar à verdade. O natural é que a verdade prevaleça sobre

¹⁹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada In: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 102-103.

²⁰⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 79.

²⁰¹ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 5

²⁰² “La doctrina de la ficción de verdad (Savigny) buscó para la cosa juzgada una justificación de carácter político, apoyada en la necesidad de prestigiar definitivamente la autoridad de la jurisdicción. Pero la interpretación es excesiva, por cuanto prescinde de la gran cantidad de casos en los cuales la sentencia no constituye una ficción de la verdad, sino la verdad real. El exceso es más tenue en la doctrina de la presunción de verdad (Pothier), que a través de la colocación especial que la cosa juzgada adquiere en el código Napoleón, entre las presunciones legales [...]” COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958. p. 408.

²⁰³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 106.

a certeza, a ponto de uma nova prova ou um novo fato antes desconhecidos possibilitem a revisão do que foi anteriormente decidido.²⁰⁴

A atividade jurisdicional é muitas vezes definida por possuir a característica de imutabilidade, de definitividade de sua decisão. Eduardo Couture aponta que a coisa julgada consiste em uma exigência política com consequências práticas, bem como um elemento que define a jurisdição²⁰⁵: “*la cosa juzgada es, en resumen, una exigencia política y no propiamente jurídica: no es de razón natural, sino de exigencia practica.*”²⁰⁶

Também para Enrico Tullio Liebman a coisa julgada não é necessária e essencial à sentença e, por consequência, da atividade jurisdicional. A eficácia de uma sentença não é capaz de por si só impedir que posteriormente seja o caso reexaminado pelo judiciário e haja novo julgamento em sentido diverso. Somente por razão de utilidade pública e social o direito impossibilita a revisão posterior de uma decisão judicial.²⁰⁷

Antonio Gidi, ao tratar da coisa julgada nos sistemas da *common law*, considera que nem sempre a decisão mais correta deve prevalecer; em determinados casos, deve prevalecer a estabilidade da decisão judicial:

[...] também nos sistemas jurídicos de *common law* há uma bem delineada filosofia de que “sometimes it is more important that a judgment be stable than that it be correct”. A tradição do direito inglês resumiu o fundamento político da coisa julgada em duas máximas: *a) no person should be twiced vexed by the same claim; b) it is in the interest of the state that there be an end to litigation.* A doutrina conclui, portanto, que o instituto preserva tanto o interesse público quanto o privado.²⁰⁸

Luiz Guilherme Marinoni defende que a coisa julgada é regra de existência do próprio discurso jurídico, sem a qual o discurso torna-se imprevisível e temporalmente

²⁰⁴ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958. p. 405-406.

²⁰⁵ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958. p. 411.

²⁰⁶ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958. p. 407.

²⁰⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 51.

²⁰⁸ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 8.

insuscetível de dimensionamento, de encontro à garantia de segurança e confiança advinda da interpretação do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.²⁰⁹

José Carlos Barbosa Moreira, ao tratar da eficácia preclusiva da coisa julgada, também cita a necessidade de criação de injustiças frente à necessidade de segurança social, salvo nos casos de extrema gravidade para os quais a ordenamento processual afaste a impossibilidade de apreciar a mesma causa anteriormente decidida.²¹⁰

4.2 CLASSIFICAÇÕES DA COISA JULGADA

A coisa julgada deve ser estudada sob seu aspecto subjetivo, isto é, quem são os abrangidos pela coisa julgada, sob seu aspecto objetivo, ou seja, o que se submete aos seus efeitos, e, por fim, sob o aspecto de seu modo de produção, que consiste em como ela se forma. Diferenciando-se das ações individuais, as ações coletivas possuem peculiaridades sob o aspecto subjetivo e sob o modo de produção da coisa julgada.

4.2.1 Aspecto subjetivo

Sob o aspecto subjetivo da coisa julgada, define-se aqueles que não mais podem discutir a decisão judicial. Procura-se estabelecer quais são os sujeitos que não mais podem renovar o debate e, conseqüentemente, quais são os sujeitos que, alheios ao processo, podem eventualmente levar a questão a juízo.²¹¹

A regra, no processo individual, é que a coisa julgada somente vincule as partes que participaram no processo, ou seja, a imutabilidade da decisão judicial

²⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada; a questão da relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

²¹⁰ “[...] os litígios não devem perpetuar-se. Entre os dois riscos que se deparam – o de comprometer a segurança da vida social e o de consentir na eventual cristalização de injustiças –, prefere o ordenamento assumir o segundo. Não chega a pôr a coisa julgada, em termos absolutos, ao abrigo de *qualquer* impugnação; permite, em casos de extrema gravidade, que se afaste o obstáculo ao rejuízo: aí estão, no direito brasileiro, as hipóteses de rescindibilidade da sentença, arroladas no art. 485 do Código de Processo Civil em vigor desde 1º-1-1974. [...] Se o resultado é injusto, paciência: o que passou, passou.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. In: **Temas de direito processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 99.

²¹¹ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958. p. 414.

somente pode ser imposta àqueles que participaram do contraditório. Esse limite subjetivo é conhecido como *inter partes*.

Em determinadas situações, os efeitos da decisão e, por conseguinte, sua imutabilidade, afetam não somente as partes do processo, mas também terceiros que não participaram da relação jurídica processual. Assim, faz-se a distinção entre aqueles que são os titulares do direito coletivamente considerado, para os quais se tornará imutável o comando da decisão, e entre todos os terceiros também submetidos a decisão judicial mas a cuja esfera jurídica não pertence o direito, ou seja, todos aqueles afetados, na terminologia de Enrico Tulli Liebman, pela *eficácia natural da sentença*.

Nas ações coletivas, por outro lado, o aspecto subjetivo da coisa julgada é diferenciado. A eficácia preclusiva da coisa julgada nas ações coletivas atinge todo o grupo lesado, sejam seus membros pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato (direitos difusos), sejam seus membros ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (direitos coletivos), seja o grupo composto por titulares de direitos individuais (direitos individuais homogêneos).²¹²

4.2.2 Modo de produção

Quanto ao modo de produção, há a formação da coisa julgada *pro et contra*, sua formação *secundum eventum litis* e sua formação *secundum eventum probationis*.

A coisa julgada *pro et contra* é formada independentemente do resultado do processo, ou seja, é formada tanto nos casos de procedência quanto nos casos de improcedência do pedido e, ainda, independentemente das provas produzidas. Essa é a regra geral do ordenamento jurídico brasileiro no caso das ações individuais.

A coisa julgada *secundum eventum litis* é produzida somente no caso de procedência do pedido. Se a demanda for julgada improcedente, ela poderá ser novamente proposta. Essa possibilidade coloca o réu em situação de desigualdade perante aquele que propõem a ação, pois a declaração de improcedência do pedido não

²¹² GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 108-111.

é por si só suficiente para reconhecer a procedência das alegações do demandado e não torna imutável essa decisão.

A coisa julgada *secundum eventum probationis* não se forma no caso de julgamento de improcedência por falta de provas. Se a demanda for julgada procedente, corolário do esgotamento das provas necessárias para a resolução da lide, ou se for julgada improcedente com suficiência de provas, forma-se a coisa julgada material. Se a decisão for no sentido de improcedência do pedido por falta de provas, por outro lado, não se forma a coisa julgada.

4.3 PROBLEMÁTICA DOS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

Juntamente com a relação jurídica de direito material levada a juízo, há outras relações jurídicas que são afetadas por estarem ligadas de diferentes modos à matéria submetida à apreciação judicial. É inequívoco que, ao existir uma decisão judicial acerca determinada relação jurídica, outras relações jurídicas também podem ser afetadas pela decisão, sejam elas entre as mesmas partes que figuraram na relação jurídica processual, sejam elas entre partes alheias à lide.

Sobre essa questão, Giuseppe Chiovenda afirma que a sentença, como ato jurídico, assim como vale entre as partes litigantes, vale em relação a todos, e a decisão judicial, como um ato realizado por um órgão estatal competente para tal, é um exemplo de ato jurídico. Dessa forma, todos são obrigados a reconhecer o julgado entre as partes, para as quais prevalece, mas com a ressalva de que terceiros não podem ser prejudicados por essa decisão.

Francesco Carnelutti, por sua vez, admite uma eficácia reflexa da coisa julgada, isto é, ela comunica-se a todos os terceiros indistintamente, independentemente da relação entre o terceiro e a relação jurídica das partes litigantes.

Esses pensamentos tratam da extensão a terceiros da autoridade da coisa julgada como uma espécie de eficácia reflexa, diferenciando-se a amplitude dessa extensão. Enrico Tullio Liebman sintetiza esses pensamentos e aponta que essas doutrinas ainda reconhecem a coisa julgada como um dos efeitos da sentença, e não como uma qualidade desses efeitos. Assim, da mesma forma que a coisa julgada não é

para as partes um efeito da sentença, não o pode ser para terceiros, seja por via direta, seja por via reflexa.

Como todo fato jurídico produz, além de seus efeitos diretos, efeitos reflexos, que são a repercussão natural e inevitável dos primeiros, assim também produz a sentença entre as partes a eficácia direta da coisa julgada, a que se ligam efeitos reflexos para os terceiros, obrigando-se necessariamente a reconhecer a formação da coisa julgada entre as partes.²¹³

Na realidade, os efeitos da sentença operam sobre todas as relações e sobre todas as pessoas em relação às quais a relação jurídica levada a juízo possui influência. Em outras palavras, os efeitos da sentença operam de acordo com as leis que regulamentam a relação jurídica material.²¹⁴ Consequentemente, as partes e o órgão jurisdicional prolator da decisão não tem o exato conhecimento de todos aqueles que são ou podem ser afetados pela decisão, pois se trata de uma questão vinculada à relação jurídica de direito material, e não à relação jurídica de direito processual. A sentença “operará em todos os casos nos quais um magistrado (ou ainda outro órgão do Estado) for chamado a pronunciar-se ‘sobre o que formou o objeto da sentença’, quer constitua ainda objeto de novo juízo, quer se apresente como questão prejudicial, quer as partes sejam as mesmas, quer (nos limites em que for possível) sejam diversas”²¹⁵.

Por fim, defende Enrico Tullio Liebman que a regras dos limites subjetivos da coisa julgada tem o objetivo de impedir perante terceiros as repercussões lógicas da coisa julgada – por exemplo, a possibilidade de nova discussão em juízo –, e essa limitação é imposta justamente pela lei. Ainda, a lei, ao fixar o limite da coisa julgada entre as partes, tem como pressuposto que o terceiro que não faz parte da lide não é

²¹³ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 85.

²¹⁴ “Todos os efeitos que uma sentença produzir sobre as partes ou (enquanto for possível) sobre terceiros, produzem-se sempre e unicamente porque quer a lei que se verifiquem, e parece sem base teórica e sem significação prática toda tentativa de instituir uma gradação, em vista dos destinatários que deles se ressintam, na série de efeitos abstratamente ilimitada que pode a sentença ter. Neles, para sermos mais precisos, todo efeito que a sentença produzir, tomando em si e separadamente, permanece o único e sempre o mesmo, qualquer que seja o número das pessoas que lhes sofram as consequências.” LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 88.

²¹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 88-89.

seu titular – e por isso não acobertado pela coisa julgada –, e como consequência que é somente pela eficácia reflexa que a lei fixa o limite da identidade das partes.²¹⁶

Nas ações individuais, a regra do atual no ordenamento jurídico brasileiro é aquela segundo a qual a imutabilidade dos efeitos da sentença opera somente entre as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros estranhos à relação jurídica processual (*res inter alios iudicata aliis non praeiudicare*). Dispõe o artigo 472 do Código de Processo Civil que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”.

Enrico Tullio Liebman distingue a eficácia da sentença, como ato de Estado que possui eficácia em relação a todos, indistintamente, sejam partes ou terceiros, na mesma intensidade e natureza, da autoridade da coisa julgada, que atinge somente às partes e não a terceiros.²¹⁷

A doutrina tradicional trata de duas formas a possibilidade de extensão da coisa julgada àqueles que não participaram da relação jurídica processual, ou seja, aos terceiros alheios à disputa judicial. A primeira dessas formas é a extensão subjetiva em razão do princípio da *sucessão*. Por exemplo, a coisa julgada estende-se naturalmente aos herdeiros dos litigantes, uma vez que a sucessão faz com que o patrimônio, com todos os seus valores corpóreos e incorpóreos, seja herdado tal qual o era anteriormente; essa situação também ocorre no caso de doação a título singular. Ainda, a decisão judicial que declara a existência de um servidão obriga e faz coisa julgada entre o vendedor bem como o comprador; a coisa julgada em relação ao cedente também obriga o cessionário.²¹⁸

A segunda forma tradicional de extensão da coisa julgada a terceiros é por meio do princípio da *representação*, oriundo da doutrina francesa e que vigora em todos os casos nos quais a lei confere a um sujeito de direito a legitimação processual

²¹⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 106-107.

²¹⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 52.

²¹⁸ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958. p. 423-424.

para atuar em juízo em nome de outrem. Essa regra também é prevista no ordenamento jurídico brasileiro, conforme o artigo 6º do Código de Processo Civil: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.” Exemplificadamente, é o caso do administrador judicial em relação à massa falida, do defensor dativo frente ao ausente, do pai em relação ao filho menor, do tutor diante do tutelado, do curador em relação ao curatelado etc. Nesses e em outros casos de representação, a coisa julgada no processo no qual participou o representante também alcança o representado.²¹⁹

O problema da coisa julgada e seus limites subjetivos perdura nas ações coletivas, pois aqueles que não participaram da relação jurídica processual também devem ser afetados pela imutabilidade do comando contido na sentença. Esse raciocínio vai de encontro ao pensamento de acordo com o qual somente as partes que participaram da relação jurídica processual são submetidas à autoridade da coisa julgada.²²⁰

Alfredo Buzaid considera que, por um princípio superior de justiça, a sentença não pode valer, ou melhor, o comando da decisão judicial não pode tornar-se imutável, àqueles que, alheios à causa na qual litigaram outras pessoas, não puderam fazer valer suas próprias razões, pois muitas vezes nem mesmo tem a notícia tempestiva da existência da demanda para que nela possam intervir.²²¹

No entanto, partindo-se do princípio que a tutela dos direitos coletivos é levada a juízo por um representante adequado, nada impede que a autoridade da coisa julgada desse processo atinja todos os representados em juízo, independentemente da procedência ou improcedência da demanda.

De nada adianta restringir os limites subjetivos se, no caso concreto, não se atinge o resultado prático e concreto do processo, que é a resolução dos conflitos levados a juízo. Ademais, contraditória seria a possibilidade de restringir os limites subjetivos da coisa julgada se o direito do grupo, comunidade ou coletividade é

²¹⁹ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958. p. 424.

²²⁰ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 14.

²²¹ BUZOID, Alfredo. **Estudos de direitos**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 273.

indivisível e se é improvável ou impossível a participação de todos os membros do grupo em juízo.

4.4 PECULIARIDADES DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

Como anteriormente exposto, a problemática da extensão subjetiva da coisa julgada nas tutelas individuais cinge-se à extensão da imutabilidade do comando da decisão judicial àqueles que não participaram da relação jurídica processual.

No caso das tutelas coletivas, há também a figura daqueles alheios à relação jurídica processual, interessados ou não na relação jurídica posta em juízo, mas que são titulares do direito ou diretamente (direitos individuais homogêneos) ou são membros do grupo, coletividade ou comunidade cujo direito é discutido em juízo (direitos coletivos e direitos difusos). A extensão subjetiva adquire caracteres diferenciados quando se trata de ações coletivas pois não é, a princípio no direito brasileiro, o titular do direito material que ingressa em juízo, mas sim um legitimado que o representa na ação.

Pela característica das ações coletivas, além de os efeitos da sentença irradiarem sobre todos, conforme a doutrina de Enrico Tullio Liebman, a autoridade da coisa julgada não tem sentido se aplicada somente às partes da relação jurídica processual; caso contrário, a tutela jurisdicional desses direitos seria inócua, uma vez que os titulares do direito levados a juízo não se resumem às partes que participaram do processo.

O ponto crucial ao se tratar da matéria nas ações coletivas é a indivisibilidade do direito no caso dos direitos coletivos e dos direitos difusos e a indivisibilidade da tutela pretendida no caso dos direitos individuais homogêneos.²²²

No processo individual, a limitação da coisa julgada somente às partes que participaram da relação jurídica processual tem como fundamento o devido processo: deve-se possibilitar o acesso à jurisdição e deve-se permitir o contraditório. Em sentido contrário, se no processo individual não houvesse a limitação da coisa julgada

²²² GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 59. nota de rodapé 147.

às partes, o processo constituiria em ameaça aos direitos daqueles que não se manifestaram.²²³

José Afonso da Silva, ao tratar da ação popular e dos efeitos *erga omnes* da coisa julgada na sentença de improcedência, reconheceu que em relação à sentença de procedência não há problema em admitir que a demanda popular também beneficie outros cidadãos; situação mais problemática é admitir que a extensão subjetiva da imutabilidade do comando judicial no caso de rejeição da demanda.²²⁴

Não obstante, nas ações coletivas, a coisa julgada também deve abranger aqueles que não participaram da relação jurídica processual. Caso contrário, os efeitos práticos dessa forma de tutela jurisdicional não seriam alcançados e aqueles detentores do direito lesado ou ameaçado de lesão teriam que ingressar com demandas individuais para resguardar seu direito.²²⁵

Na hipótese de julgamento de procedência da ação coletiva, a partir do instante em que a decisão produz efeitos e altera a realidade fática, dada a característica de indivisibilidade do bem jurídico coletivo ou difuso, os titulares do direito ficam satisfeitos. Assim não é de se esperar que outro legitimado ou mesmo um membro do titular do direito busque novo pronunciamento judicial sobre a matéria.²²⁶

As reais dificuldades sobre a coisa julgada coletiva surgem em razão da possibilidade de julgamento de improcedência da demanda. Os membros da coletividade ou grupo que não participaram da relação jurídica processual podem considerar que possuíam outros argumentos ou razões para apresentar e, em razão de como a demanda foi inadequadamente conduzida, não quererem sujeitar-se ao resultado do julgamento. José Carlos Barbosa Moreira considera que, nessa situação,

²²³ Liebman critica no prefácio à primeira edição brasileira que, embora existentes correntes na doutrina que se esforçam em alargar o âmbito de extensão da coisa julgada, “correntes extremistas [...] chegaram a resultados inaceitáveis, que importam o sacrifício irrestrito da posição de terceiros [...]”. Ainda, afirma que “o processo [conforme esse modo de pensar] tornar-se-ia máquina perigosa, cujo uso constituiria grave ameaça para aqueles que dele não participaram.” LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. XV-XVI.

²²⁴ SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**: doutrina e processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968. p. 271.

²²⁵ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 60-61.

²²⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses difusos ou coletivos. In: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 216-217.

seria uma injustiça a extensão pura e simples da coisa julgada aos co-titulares do direito coletivo.²²⁷

Por outro lado, não satisfaz a solução de tornar possível a propositura da mesma ação por diferentes autores indefinidamente. A parte adversa na demanda coletiva não pode ficar sujeita a infinitas demandas judiciais que objetivam o mesmo propósito, a despeito de já ter julgamento favorável a si. Além disso, haveria a sobrecarga do aparelho judiciário ao tratar das múltiplas ações dos membros do grupo ou comunidade.

4.5 PROPOSTAS DE ADAPTAÇÃO DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

Em razão da necessidade de adaptar o instituto da coisa julgada coletiva, surgiram diferentes propostas na doutrina.

A primeira proposta consiste na aplicação do regime das ações individuais às ações coletivas. Tanto no caso de julgamento de procedência, quanto no caso de improcedência, há a formação da coisa julgada (*pro et contra*), e em ambos os casos todos titulares do direito seriam acobertados pela imutabilidade do comando da decisão judicial. Em caso de improcedência, os lesados poderiam promover ação rescisória, afastando de sua esfera individual a imutabilidade do comando da decisão judicial.

Nos Estados Unidos, conforme o regime da coisa julgada para as *class actions*, todo aquele que for adequadamente representado em juízo é atingido pela

²²⁷ “Reveste-se a questão [de extensão subjetiva da coisa julgada] de maior gravidade, quando o resultado do primeiro processo é desfavorável ao legitimado (ou ao grupo de legitimados) que o instaurou, com o fim de obter proteção para o interesse coletivo. De um lado, há que considerar a posição dos restantes interessados, que permaneceram estranhos ao pleito e, por isso, não tiveram oportunidade de apresentar razões nem provas. Podem eles ter motivos para entender que o teor do julgamento proferido se explica não pela debilidade intrínseca da causa, mas pela inabilidade na respectiva condução, por parte de quem, ajuizando-a, não soube explorar os melhores argumentos, ou produzir as provas mais convincentes. Nem fica sequer excluída a eventualidade de conluio entre as partes do processo: o legitimado que se antecipou aos outros, mancomunado com o adversário, provocou ele mesmo a própria derrota, deixando intencionalmente de utilizar as armas de que dispunha. Em tais condições, seria óbvia injustiça privar os outros legitimados de obter novo pronunciamento judicial sobre o litígio. Não se afigura recomendável, assim, a extensão pura e simples da coisa julgada aos co-titulares do interesse coletivo.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses difusos ou coletivos. In: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 217.

imutabilidade do comando da decisão judicial, tanto no caso de procedência quanto no caso de improcedência (*whether favorable or not*). Essa é a posição de Girolamo Monteleone, que entende a coisa julgada nesse caso mais como uma adaptação às novas exigências sociais do que propriamente uma exceção aos limites subjetivos da coisa julgada.²²⁸

Essa forma de regime da coisa julgada é possível no direito norte-americano porque há instrumentos para garantir o devido processo nas ações coletivas. Há em determinados casos a obrigatoriedade de notificação pessoal dos interessados para que optem pela exclusão do julgado na *class action* (*right to opt out*) e há o controle da representação adequada. Nesse ordenamento jurídico, até mesmo os interessados ausentes são considerados como parte no processo coletivo (*absent parties*). Situação diversa é a do direito brasileiro, no qual os legitimados são definidos por lei e não são detentores do direito levado a juízo.

José Rogério Cruz e Tucci, com apoio da lição de Vicente Greco Filho, defende que, assim como nas *class action* norte-americanas, os interessados teriam o direito de optar por não ter seu direito questionado judicialmente e, conseqüentemente, serem excluídos da imutabilidade do comando judicial por meio do *right to opt out*. Por isso, deveriam os interessados de alguma forma comunicar a discordância com a propositura da demanda. Assim, de suma importância a notificação de todos os interessados do ajuizamento da ação para que, em prazo razoável, pudessem exercer o direito de exclusão do grupo que deveria ser atingido pela coisa julgada.²²⁹

A segunda proposta de adaptação seria aquela de acordo com a qual não haveria a formação da coisa julgada nas ações coletivas. Embora os efeitos da decisão ainda irradiassem a todos que não participaram da relação jurídica processual, ou seja, permaneceria a extensão *erga omnes* dos efeitos da decisão, não ocorreria a imutabilidade do comando da decisão nem entre terceiros e tampouco entre as partes. Haveria somente a coisa julgada formal, ou melhor, haveria somente a preclusão de forma a dar um fim ao processo.

²²⁸ MONTELEONE, Girolamo *apud* GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 61

²²⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **“Class action” e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 47.

Entretanto, esse entendimento não considera que a coisa julgada é, senão um dos elementos definidores da jurisdição, um dos elementos de estabilidade e certeza que devem cercar aos que são submetidos ao controle jurisdicional. Antonio Gidi coloca que, a partir do momento em que não há a formação da coisa julgada material, a sentença não adquire força e não é necessário seu respeito por parte dos jurisdicionados; bastaria a eles recorrerem novamente ao judiciário para discutir novamente toda a questão submetida anteriormente a julgamento. “A lide coletiva jamais será decidida com a definitividade e a imutabilidade necessárias à segurança dos jurisdicionados.”²³⁰

A terceira proposta de adaptação sugere a imutabilidade do comando da sentença *secundum eventum litis* apenas *in utilibus*, ou seja, apenas para beneficiar os representados em juízo. De acordo com essa solução, se o julgamento fosse do procedência na ação coletiva, a imutabilidade do comando estender-se-ia a todos os representados; em caso contrário, caso o julgamento fosse de improcedência, a imutabilidade não se estenderia àquele que não fez parte do processo.

Álvaro Luiz Valery Mirra, ao tratar da defesa do meio ambiente e de outros direitos difusos, considera que o caminho adequado seria aquele na direção de um autêntico regime de coisa julgada *secundum eventum litis*. Para o autor, enquanto as sentenças de procedência adquiririam autoridade de coisa julgada *erga omnes*, as sentenças de improcedência não ficariam cobertas pela coisa julgada material, sequer entre as partes da relação jurídica processual. Sustenta o autor que, por meio dessa opção, haveria a estabilização da tutela jurisdicional ambiental concedida em benefício da sociedade, em prol da proteção do meio ambiente, bem como, de outro lado, demandas ambientais julgadas improcedentes poderiam ser repropostas a qualquer momento, em termos mais adequados, por quaisquer dos legitimados ativos.²³¹

Por fim, a quarta proposta é aquela adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro e tratada a seguir.

²³⁰ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 66.

²³¹ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 491-492.

4.6 REGIME JURÍDICO DA COISA JULGADA COLETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para a compreensão do regime jurídico da coisa julgada coletiva no ordenamento jurídico brasileiro, convém primeiro enumerar os dispositivos que tratam sobre o tema. Ademais, em virtude das diferentes previsões legais, é conveniente tratar separadamente a tutela jurisdicional dos direitos coletivos e difusos (metaindividuais) da tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos.

4.6.1 Regime da coisa julgada para os direitos metaindividuais

A Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) foi a primeira a tratar da coisa julgada coletiva em se tratando de direitos difusos. O legislador, imaginado a hipótese de que um julgamento de improcedência não afetaria somente o autor, mas toda a coletividade titular do direito, e considerando que esse julgamento de improcedência poderia ter como pressuposto uma deficiente (até mesmo proposital) instrução probatória, regulamentou a matéria da seguinte forma: “a sentença terá eficácia de coisa julgada oponível ‘erga omnes’, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova” (artigo 18).

Posteriormente, a Lei 7.347/1985, que também objetiva a proteção de direitos difusos e coletivos, regulamentou a matéria com a mesma inspiração: “a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova” (artigo 16 com redação alterada pela Lei 9.494/1997).

A Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), ao tratar dos direitos difusos e coletivos, contém disposição assemelhada: “nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas

limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81” (artigo 103).

Todos os dispositivos anteriormente mencionados regulamentam a coisa julgada para os direitos metaindividuais de forma semelhante. Se o pedido da ação coletiva é julgado procedente, torna-se imutável o comando da decisão judicial, e sua rediscussão fica impossibilitada por quem quer que seja. Desse modo, há a formação da coisa julgada, por exemplo, na decisão que reconhece uma publicidade como enganosa ou abusiva (artigo 37, § 1º, da Lei 8.078/1990) (direito difuso) ou que condena uma instituição de ensino a reduzir suas mensalidades ao limite legal (direito coletivo).²³²

Por outro lado, se a demanda coletiva é julgada improcedente, os dispositivos legais abrem uma exceção à formação da coisa julgada material. Qualquer legitimado, no que se inclui o legitimado autor da ação anterior, poderá ingressar com nova demanda com idêntico fundamento e valendo-se de nova prova, ainda que o juiz não tenha expressamente declarado esse motivo para o julgamento de improcedência na ação pretérita.²³³

Assim, afirmar que a coisa julgada coletiva no ordenamento jurídico brasileiro é *secundum eventum litis*, ou que se forma *secundum eventum litis*, é incorreto. Para essa imprecisão terminológica, ou, mais além, esse erro conceitual, importante é a lição de Antonio Gidi.²³⁴

A coisa julgada coletiva no direito brasileiro seria *secundum eventum litis* caso houvesse sua formação somente nos casos de procedência do pedido, e não nos casos de improcedência. Entretanto, conforme os dispositivos anteriormente mencionados, há sempre a formação da coisa julgada nas ações coletivas, ou seja, *pro et contra*.

A exceção à formação da coisa julgada coletiva no ordenamento jurídico brasileiro, no caso de direitos metaindividuais, ocorre quando há *nova prova* a fundamentar uma nova demanda coletiva. Assim, a correta interpretação dos

²³² GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 116.

²³³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 93.

²³⁴ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 71-74.

dispositivos é aquela que, se houver *nova prova*, qualquer dos legitimados pode ingressar rediscutir a demanda coletiva.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart esclarecem o conceito de *nova prova* a fundamentar uma nova demanda coletiva. Nova prova não é somente aquela inexistente, que era desconhecida ou que não pôde ser utilizada pelo legitimado na demanda anterior. Em verdade, toda e qualquer prova não produzida e valorada no processo encerrado pode ser qualificada como *nova prova*.²³⁵

Antonio Gidi, adotando o posicionamento de Arruda Alvim, interpreta a expressão *prova nova* como toda e qualquer prova não produzida na demanda anterior. No entanto, acrescenta o autor que somente é possível a repositura da ação coletiva, ou melhor, somente é possível o reexame do mérito, se a nova prova apresentada puder resultar em resultado diverso do julgamento anterior. Dessa forma, somente matérias fáticas que necessitem de comprovação podem ensejar nova ação coletiva, e não, por exemplo, questões de direito.²³⁶

Por fim, o artigo 103, § 1º, da Lei 8.078/1990, prevê uma particularidade em relação aos direitos individuais dos membros do grupo, comunidade ou coletividade, estes verdadeiros titulares do direito metaindividual discutido em juízo. Conforme o dispositivo mencionado, “os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.”

No ordenamento jurídico brasileiro, o representante do grupo atua em juízo na defesa de um direito metaindividual. No entanto, o direito individual do membro do grupo não é afetado pelo julgamento de improcedência da demanda coletiva. Por exemplo, caso a demanda coletiva em face de uma propaganda seja julgada improcedente, ou seja, caso o magistrado não reconheça como enganosa ou abusiva a mensagem publicitária, não é vedada a propositura de uma ação na qual o autor demande o ressarcimento de um dano individual sofrido em virtude da mesma propaganda. Trata-se, na expressão de Antonio Gidi, da extensão da coisa julgada

²³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 101.

²³⁶ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 134-136.

secundum eventum litis e in utilibus à esfera individual do membro do grupo titular do direito coletivo.²³⁷

4.6.2 Regime da coisa julgada para os direitos individuais homogêneos

Sobre os proteção dos direitos individuais homogêneos cuida o artigo 103, III, da Lei 8.078/1990: “nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.”

Esse dispositivo deve ser interpretado em conjunto o § 2º do mesmo artigo que possui a seguinte redação: “na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.”

Dessa forma, se o pedido da ação coletiva na defesa de direitos individuais homogêneos for julgado procedente, a extensão da imutabilidade do comando da decisão judicial atinge todos os titulares do direito. Por outro lado, se o pedido for julgado improcedente, a eficácia preclusiva da coisa julgada somente atinge aqueles que participaram como litisconsortes na ação coletiva. Em outros termos, aqueles que não atenderam ao edital previsto no artigo 94 da lei podem propor demandas individuais: “proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.”

Todavia, o artigo 103, III, não faz qualquer menção ao caso de julgamento de improcedência por falta de provas a exemplo dos incisos anteriores. Assim, diverge a doutrina: alguns que entendem que se aplica a regra dos direitos metaindividuais sobre a falta de provas, e outros que entendem pela não aplicação dessa interpretação.²³⁸

²³⁷ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 126-127.

²³⁸ Entendendo pela aplicabilidade das regras dos incisos anteriores: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. v. 4. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p.

Os direitos metaindividuais são indivisíveis e, no direito brasileiro, somente estão autorizados a propor a ação coletiva aqueles legitimados pela legislação. É por essa razão que se utiliza a expressão *tutela de direitos coletivos*.

Por outro lado, os direitos individuais homogêneos não são direitos indivisíveis, mas são direitos que, em virtude de conveniência, optou-se por dar tratamento jurisdicional coletivo, motivo pelo qual se utiliza a expressão *tutela coletiva de direitos*. Não obstante, no direito brasileiro, não podem os titulares do direito ingressar com uma demanda coletiva, mas somente os mesmos legitimados a propor ações para a defesa de direitos metaindividuais.

Dessa forma, como sustentado por Antonio Gidi, as ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos são uma influência direta do direito norte-americano e, ao contrário das ações coletivas para a proteção de direitos metaindividuais, o direito positivo permite a intervenção dos titulares do direito na qualidade de litisconsortes, conforme o artigo 94 anteriormente referido.²³⁹

Por essa razão justifica-se que, no caso de uma sentença de improcedência da ação coletiva em defesa de direito individual homogêneo, é indiferente se o resultado do julgamento seja em razão de insuficiência de prova, motivo pelo qual o regime da coisa julgada é distinto.²⁴⁰

4.7 RESTRIÇÃO TERRITORIAL DA COISA JULGADA

Com o objetivo de tratar do instituto da coisa julgada no julgamento das ações coletivas, em particular da ação civil pública, o artigo 16 da Lei 7.347/1985 continha, quando de sua promulgação, a seguinte redação: “a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

369. Em sentido contrário, adotando interpretação distinta para os direitos individuais homogêneos: MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 95.

²³⁹ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 138. nota de rodapé 332.

²⁴⁰ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 144.

Esse dispositivo tinha por objetivo garantir a proteção do jurisdicionado e garantir os direitos processuais daqueles que não participaram da relação jurídica processual. Dispositivo com consequências semelhantes, embora não com a mesma redação, já constava na Lei 4.717/1965 que, ao regular a ação popular, assim dispõe no artigo 18: “A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível ‘erga omnes’, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

Todavia, por razões eminentemente políticas, a Medida Provisória 1.570/1997 trouxe uma nova redação para o referido artigo 16 que, ao reconhecer a “coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator”, trouxe uma restrição antes desconhecida no ordenamento pátrio. Apesar da crítica doutrinária, a redação trazida pela Medida Provisória foi confirmada pela Lei 9.494/1997: “A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

Ainda, de forma a limitar a aplicação das ações coletivas em face do Estado, primeiramente a Medida Provisória 1.798/1999, e posteriormente a Medida Provisória 2.180/2001, inseriram na referida Lei 9.494/1997 mais uma restrição aos efeitos subjetivos da decisão proferida em ações coletivas.

De acordo com o *caput* e parágrafo do artigo 2º-A, “a sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.” E, “nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.”

Eis os motivos apontados pela inaplicação da restrição territorial dos efeitos das decisões proferidas em ações coletivas: (i) é inconstitucional, ferindo o acesso à justiça, a igualdade e a universalidade da jurisdição; (ii) é ineficaz, já que a disciplina do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor é mais ampla e está inserida no microsistema do processo coletivo, aplicando-se também à Lei 7.347/1985; (iii) não se trata de limitação da coisa julgada mas da eficácia da sentença, ferindo a disposição processual que a jurisdição é uma em todo território nacional; (iv) é contrária à essência do processo coletivo que prevê o tratamento molecular dos litígios, evitando-se a fragmentação das demandas.²⁴¹

O artigo 16 da Lei 7.347/1985, em sua redação original anteriormente transcrita, não trazia qualquer limitação aos efeitos da coisa julgada. Assim, a discussão acerca da extensão *erga omnes* dos efeitos da decisão proferida na ação civil pública – e, por analogia, às demais ações coletivas, das quais o mandado de segurança coletivo faz parte – advém desde a sua alteração na década de 1990. Antonio Gidi argumenta que desde a promulgação da Lei 7.347/1985 houve quem entendesse em *erga omnes* limitação em virtude dos limites territoriais sobre os quais atuam os tribunais.²⁴²

A par da discussão doutrinária dessa época, com a alteração advinda da Medida Provisória 1.570/1997, posteriormente convertida na Lei 9.494/1997, o mencionado artigo passou a contar com a restrição dos efeitos da sentença “[a]os limites da competência territorial do órgão prolator [da decisão]”.

Contudo, essa regra é tanto *inócua* quanto *inconstitucional*.

Inócua, como já bem esclarecido por Ada Pellegrini Grinover²⁴³, porque: (i) o artigo 16 da Lei 7.347/1985 não se aplica à coisa julgada nas ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos; (ii) aplica-se à coisa julgada nas ações em defesa de interesses difusos e coletivos, mas o acréscimo introduzido pela medida

²⁴¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. v. 4. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 370.

²⁴² GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 87.

²⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. A aparente restrição da coisa julgada na ação civil pública: ineficácia da modificação ao art. 16 pela Lei 9.494/97. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvim de (coord.). **Temas de direito ambiental e urbanístico**. São Paulo: Max Limonad/Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, 1998. p. 12.

provisória é inoperante, porquanto é a própria lei especial (Código de Defesa do Consumidor) que amplia os limites da competência territorial, nos processos coletivos, ao âmbito nacional ou regional; (iii) de qualquer modo, o que determina o âmbito da abrangência da coisa julgada é o pedido, e não a competência, a qual nada mais é do que uma relação de adequação entre o processo e o juiz; dado um pedido amplo (*erga omnes*), o juiz competente o será para julgar a respeito de todo o objeto do processo.²⁴⁴

A fixação da abrangência da coisa julgada aos limites da competência territorial do órgão prolator torna-se inoperante em razão da regra da competência fixada pelo artigo 93 da Lei 8.078/1990. A regra expressa na *lei especial* é no sentido da competência da capital do Estado ou do Distrito Federal nas causas em que o dano ou perigo de dano for de âmbito regional ou nacional. Assim, dado que o âmbito da abrangência da coisa julgada é delimitada pelo pedido, e não pela competência, tratando-se de pedido de âmbito nacional, as regras contidas na nova redação do artigo 16 da LACP são inoperantes.

De acordo com o brocardo jurídico *lex specialis derogat generali*, a lei de natureza geral, por abranger ou compreender um todo, é aplicada tão-somente quando uma norma de caráter mais específico sobre determinada matéria não se verificar no ordenamento jurídico. Em outras palavras, a lei de índole específica sempre será aplicada em prejuízo daquela que foi editada para reger condutas de ordem geral.

Dessa forma, em todas as ações coletivas, mesmo que não versem sobre relação de consumo, a regra de regência da coisa julgada é aquela insculpida na Lei 8.078/1990, ou seja, não há qualquer restrição à abrangência dos efeitos da decisão proferida em razão do território.

Em relação à abrangência do pedido, não se podem confundir as regras sobre os limites subjetivos da coisa julgada previstas na Lei 8.078/1990 (incisos do artigo 103), com os institutos da jurisdição e da competência.

Nas palavras de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Confundir jurisdição e competência com limites subjetivos da coisa julgada é, no mínimo, desconhecer a ciência do direito. Portanto, se o juiz que proferiu a sentença na ação coletiva *tout court*, quer verse sobre direitos difusos, quer coletivos ou individuais homogêneos, for competente, sua sentença produzirá

²⁴⁴ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 89.

efeitos erga omnes ou ultra partes, conforme o caso (v. CDC 103), em todo o território nacional – e também no exterior –, independentemente da ilógica e inconstitucional redação dada à LACP 16 pela L 9494/97. É a da essência da ação coletiva a eficácia prevista no CDC 103.²⁴⁵

Ademais, na medida em que, pelas regras de competência, desde as gerais (artigo 109, inciso I e parágrafos, da Constituição Federal) até as específicas (artigo 93 da Lei 8.078/1990), o órgão julgador seja o *competente*, não é possível mitigar a projeção dos limites subjetivos da coisa julgada com base em elementos de ordem geográfica ou de organização judiciária.

Rodolfo de Camargo Mancuso também sustenta a confusão do referido artigo 16 entre elemento de competência – domicílio – em ambiente normativo que trata da expansão subjetiva e espacial do julgado (limites subjetivos e objetivos), balizados pelo pedido. De acordo com o autor, como a coisa julgada não é uma substância, e sim uma qualidade que se agrega ao comando da decisão judicial, a expansão subjetiva dessa coisa julgada se dará até onde se encontre o interesse que constitui o objeto da demanda coletiva, e em face de todos os sujeitos concernentes a esse interesse.²⁴⁶

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart também apontam para a incongruência do artigo 16. Os autores defendem que a previsão legal é, em essência, absurda, ou por ser incompatível com a regência da coisa julgada. Exemplificam que “[...] a mesma forma que uma fruta não deixará de ter sua cor apenas por ingressar em outro território da federação, só se pode pensar em uma sentença imutável frente à jurisdição nacional, e nunca em face de parcela dessa jurisdição.”²⁴⁷

A restrição pretendida pela lei não diz respeito à coisa julgada, pois limitar a abrangência da coisa julgada é impossível. O objetivo do artigo 16 é, em verdade, limitar a abrangência dos efeitos da sentença (dentre os quais não se encontra a coisa julgada). Entretanto, a pretensa limitação dos efeitos da sentença pelo legislador é ineficaz. Os efeitos concretos da decisão operam em sentidos imprevisíveis e não

²⁴⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 1.558, nota 12.

²⁴⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Manual do consumidor em juízo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 130.

²⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 330-331.

podem ser contidos pela vontade do legislador. Assim como uma pessoa divorciada não pode ser divorciada apenas em uma cidade onde foi prolatada a sentença de divórcio, ou mesmo no Estado do órgão jurisdicional, uma sentença proferida em ação coletiva não pode ter seus efeitos limitados a certa porção do território nacional. Os efeitos da sentença operam de acordo com a natureza do pedido formulado pela parte, e não onde o legislador queira que eles se verifiquem.

Por fim, além da ineficácia da nova regra, verifica-se a sua inconstitucionalidade, que reside no fato de a nova regra ter sido introduzida por Medida Provisória, não se podendo falar em urgência e relevância da matéria vinculada. Ademais, do ponto de vista material, a inconstitucionalidade decorre da incompatibilidade com a regra insculpida no artigo 5º, XXXII, e no artigo 170, inciso V, ambos da Constituição Federal, além da afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Assim, por todo o exposto, não há qualquer dúvida em afirmar-se que a modificação do mencionado artigo 16 da LACP, além de inconstitucional, é inócua, tendo em vista a incontestada confusão entre as regras de competência e de jurisdição e os efeitos subjetivos da coisa julgada.

Não obstante toda a discussão doutrinária sobre a matéria, são inúmeros os precedentes do Superior Tribunal de Justiça que interpretam o dispositivo de forma que a extensão subjetiva da decisão proferida na ação coletiva limita-se à extensão territorial do Tribunal prolator da decisão.

Essa interpretação poderia levar a duas considerações: se a questão fosse apreciada pelo próprio Tribunal Superior, como seu âmbito de competência é nacional, a ação coletiva abrangeria todo o território nacional; se a questão fosse apreciada por um tribunal federal, os efeitos subjetivos da decisão aplicar-se-ia a todos os estados abrangidos pela competência desse tribunal; se a questão transitasse em julgado em primeiro grau, os efeitos subjetivos limitar-se-iam à própria comarca.

Contudo, a interpretação do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, proferida a decisão em qualquer grau de jurisdição, independentemente de ser na justiça estadual ou na justiça federal, os efeitos territoriais da decisão resumem-se ao Estado do qual faz parte o juízo de primeiro grau no qual a ação foi proposta. Em

outros termos, se ação coletiva é proposta em qualquer das cidades de determinado Estado, a decisão proferida (seja em primeiro grau, seja em segundo grau de jurisdição, seja se a questão levada aos Tribunais Superiores) possui efeitos somente no território do Estado.

Por fim, resta tratar da particularidade do mandado de segurança coletivo. A Constituição Federal, no permissivo constitucional (artigo 5º, LXX), não trata do assunto. Assim, antes da promulgação da Lei 12.016/2009, restava a aplicação por analogia da lei consumerista e da lei que regulamenta as ações coletivas.

Após a promulgação da referida lei, deve ser analisado primeiramente o *caput* do artigo 22, de acordo com o qual “no mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.” A interpretação correta desse artigo leva à conclusão de que, se o grupo ou categoria titular do direito coletivo não se limitar à extensão territorial de um único Estado da federação, não há como impedir que esses membros, mesmo residentes em outros estados, também sejam submetidos à imutabilidade do comando da decisão proferida no mandado de segurança coletivo.

A despeito da reiterado posicionamento do Superior Tribunal de Justiça ao aplicar o artigo 16 da Lei 7.347/1985, a abrangência subjetiva da decisão proferida em ação coletiva novamente foi objeto de debate no Recurso Especial 1.243.887/PR. Entre outras questões, o recurso versava sobre a possibilidade de liquidação e execução de ação civil pública em foro distinto daquele que prolatou a decisão.

Em seu voto, o ministro relator Luis Felipe Salomão trouxe o posicionamento doutrinário majoritário, ou seja, diverso do anteriormente adotado pelo tribunal, de acordo com o qual a redação que limita a coisa julgada à competência territorial do órgão prolator da decisão confunde categorias como competência, jurisdição e organização judiciária com alcance subjetivo da sentença. Nos termos do voto relator,

A antiga jurisprudência do STJ, segundo a qual "a eficácia erga omnes circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário" (REsp 293.407/SP, Quarta Turma, confirmado nos EREsp. n. 293.407/SP, Corte Especial), em hora mais que ansiada pela sociedade e pela comunidade jurídica, deve ser revista para atender ao real e legítimo propósito das ações coletivas, que é viabilizar um comando judicial célere e uniforme - em atenção à extensão do interesse metaindividual objetivado na lide.

Não é a primeira vez que se verifica no âmbito do Superior Tribunal de Justiça uma decisão nesse sentido (REsp 557.646/DF e REsp 411.529/SP). Todavia, a particularidade do julgamento em comento, proferido em sede de recurso repetitivo pela Corte Especial, pode significar uma sinalização da mudança de orientação que perdura por anos na Corte.

Embora o objeto do recurso seja um direito individual homogêneo, para o qual o regramento da legislação consumerista já previa a extensão da eficácia da decisão a todas as vítimas e seus sucessores, espera-se que esse novo posicionamento – acertado – do Superior Tribunal de Justiça seja igualmente aplicado a todas as demais ações coletivas.

4.8 CONCOMITÂNCIA E LITISPENDÊNCIA

A imutabilidade da decisão judicial, conforme defendido nesse trabalho, beneficia e prejudica a todos aqueles titulares do direito metaindividual levado a juízo. No entanto, em determinadas situações, podem existir concomitantemente ações coletivas e ações propostas individualmente que tenham por objetivo a tutela jurisdicional semelhante.

A regra geral para o reconhecimento da litispendência é a existência de duas ou mais ações com identidade de partes, causa de pedir e pedido. Embora já no processo civil individual haja complexidade sobre o tema²⁴⁸, nos processos coletivos outro fator que deve ser levado em consideração é justamente a falta de identidade das partes em uma ação coletiva, isto é, a provável falta de identidade entre o titular do direito material e a parte da relação jurídica processual.

²⁴⁸ Exemplifica Teresa Arruda Alvim Wambier: “basta pensar no exemplo de ações concorrentes: as partes são as mesmas, as causas de pedir também, mas os pedidos, considerados em sua literalidade, não. São (ou mais) ‘respostas’, juridicamente equivalentes, que o ordenamento jurídico oferece às partes. Exemplo clássico é a venda *ad corpus* em que haja diferença na metragem do imóvel. Cabe à parte pleitear: ou a manutenção do negócio e ao abatimento do preço; ou a manutenção do negócio e a complementação da área; ou a rescisão do negócio, com a devolução do preço, se eventualmente já pago.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Litispendência em ações coletivas. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coord.). **Processo civil**: aspectos relevantes. v. 2. São Paulo, Método, 2007. p. 568.

O aspecto subjetivo da litispendência, que nas ações individuais é verificado por meio da identidade das partes, nas ações coletivas deve dar lugar ao objeto e àqueles afetados pela decisão judicial.²⁴⁹

Kazuo Watanabe já apontou a necessidade de definir os elementos objetivos da ação coletiva, quais sejam, *causa de pedir e pedido*, para verificar com exatidão se, no caso concreto, ocorre mera conexão entre diferentes demandas coletivas ou se em verdade está-se diante de uma situação de litispendência.²⁵⁰

Independentemente de quem é o sujeito ativo da demanda coletiva, não faz sentido a existência de diferentes demandas objetivando a tutela do mesmo direito *indivisível*. Caso contrário, seria comprometido, sem razão plausível, o objetivo da legislação em tratar molecularmente os conflitos de direitos coletivos, em contraposição à técnica tradicional de solução atomizada, para com isso conferir peso político maior às demandas coletivas, solucionar de forma mais adequada os conflitos coletivos, evitar decisões conflitantes e aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário atulhado de demandas fragmentárias.²⁵¹

Com o objetivo de regular as pretensas situações de litispendência no mandado de segurança coletivo, a Lei 12.016/2009, em seu artigo 22, § 1º, assim dispõe sobre a matéria: “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.”

Em um primeiro momento, cabe demonstrar a impropriedade da lei ao afirmar que o impetrante a título individual deve *desistir* de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) a contar da ciência do *mandamus* coletivo.

²⁴⁹ Ressalve-se a hipótese na qual, dependendo do ente legitimado a ingressar com a ação coletiva, diferentes grupos são beneficiados (ou prejudicados) pela decisão. Por exemplo, ao ser adotada a interpretação na qual o mandado de segurança coletivo impetrado por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída somente o pode ser em defesa de seus membros ou associados, não há litispendência entre, por exemplo, três mandados de segurança impetrados por cada um dos legitimados, pois os beneficiados pela decisão – membros ou associados –, são distintos.

²⁵⁰ WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. **Revista de Processo**, ano 17, n. 67, p. 15-25, jul./set. 1992. p. 18.

²⁵¹ WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. **Revista de Processo**, ano 17, n. 67, p. 15-25, jul./set. 1992. p. 19.

Tanto o mandado de segurança coletivo quanto as demais ações coletivas, da mesma forma que podem ter um julgamento do mérito, favorável ou não, podem ser extintas sem julgamento do mérito. Ainda, situação particular do mandado de segurança é a hipótese na qual não se demonstra na impetração do remédio constitucional um de seus requisitos: o direito líquido e certo.

Assim, nas hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito, o que a nova lei do mandado de segurança requer aos impetrantes individualmente considerados é a *desistência* da ação, e não o seu simples sobrestamento em razão da ação coletiva também proposta, hipótese esta mais adequada diante da possibilidade de extinção da ação coletiva sem o julgamento do mérito. Ressalte-se que o artigo 104 da Lei 8.078/1990, ao regulamentar situação análoga, corretamente refere-se a *sobrestamento*, e não *desistência*.

Dessa forma, diante da possibilidade de sobrestamento, pode a parte decidir se adere ao julgamento da demanda coletiva. Se a opção for pelo sobrestamento, e se houver julgamento do mérito no *mandamus* coletivo, a coisa julgada beneficia ou prejudica o autor da ação individual. Por outro lado, pode a parte expressamente desejar continuar com a ação individual, hipótese na qual ela exerce seu direito de saída (*opt out*) e, independentemente do julgamento da ação coletiva, haverá o julgamento da ação individual que, não se pode deixar de considerar diante do sistema jurídico brasileiro e dentro de qualquer outro sistema, possibilita a existência de decisões divergente acerca do mesmo objeto litigioso.

A ciência mencionada na lei pode ocorrer de forma espontânea, a partir do reconhecimento do fato pelo próprio autor da ação individual. Para tanto, pode haver manifestação nos autos acerca do conhecimento do *mandamus* coletivo e manifestação expressa pela continuidade ou pelo sobrestamento do feito. O sujeito passivo do mandado, situação de maior probabilidade na prática, também pode noticiar a existência do mandado de segurança coletivo e requerer que o autor manifeste-se sobre a continuidade ou não do mandado individual.

De acordo com Hugo Nigo Mazzilli, não se trata de um dever processual da parte requerer o sobrestamento do feito, pois ambas as ações podem tramitar concomitantemente e pode o autor optar por dar prosseguimento à ação individual.

Realizada essa ressalva quanto à *desistência* da ação individual, quando a melhor alternativa é a possibilidade de seu sobrestamento, a depender do interesse da parte que impetrou o *mandamus* individualmente considerado, algumas outras considerações devem ser trazidas sobre a possibilidade de litispendência não somente em relação ao mandado de segurança coletivo, mas também em relação a outras ações coletivas.²⁵²

Em segundo momento, novamente há impropriedade na lei ao utilizar o termo *litispendência*. Como já adequadamente defendido por Antonio Gigi, não se trata de litispendência, mas de concomitância entre a ação individual e a ação coletiva, uma vez que não são preenchidos os requisitos do instituto: partes, causa de pedir e pedido.²⁵³

Entretanto, a lei não trata da verdadeira situação de litispendência, qual seja, quando mais de um legitimado ingressa com a ação com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido em face da mesma parte adversa. Diante da particularidade das ações coletivas, o critério de identificação das partes não pode ser aplicado. Deve-se, em verdade, verificar quais são efetivamente aqueles atingidos pela decisão, ou melhor, a quem a decisão proferida na ação coletiva prejudica ou beneficia e a ele não é mais permitido rediscutir a questão.²⁵⁴

Para tratar dessa questão, é necessário primeiro distinguir as situações nas quais ocorre de fato a litispendência e as situações nas quais ocorre a figura da continência, que ocorre quando duas ou mais ações possuem identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras, regra do artigo 104 do Código de Processo Civil. Não obstante, deve-se levar em consideração, como anteriormente mencionado, que duas ações coletivas podem ser semelhantes sem que para isso haja identidade do legitimado.

²⁵² MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 234

²⁵³ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 188.

²⁵⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Litispendência em ações coletivas. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coord.). **Processo civil**: aspectos relevantes. v. 2. São Paulo, Método, 2007. p. 568.

Um primeiro exemplo que pode ser trazido para a solução do problema é o caso de ações populares propostas por diferentes cidadãos, cujos fundamentos e pedidos sejam os mesmos. A comunidade beneficiada com uma potencial sentença de procedência pela anulação do ato ilegal e lesivo ao patrimônio, com a consequente devolução do numerário, é a mesma.

Embora as partes que ingressaram com a demanda sejam diversas, o conteúdo do provimento jurisdicional e os por ele beneficiados serão os mesmos: a comunidade que sofreu com o ato lesivo ou ilegal.

A partir dessas considerações, deve-se reconhecer que, embora não haja identidade de partes, há sim situação de litispendência.²⁵⁵ Ademais, como já defendido durante esse trabalho, a partir do momento em que o adequado representante atua em juízo na defesa dos interesses da comunidade, grupo ou coletividade, não há por que se admitir uma nova ação cujos efeitos práticos serão os mesmos, podendo, em hipótese remota mas que deve ser levada em consideração, haver decisões conflitantes sobre o mesmo objeto.

Não obstante, seria um contrassenso admitir mais de uma ação coletiva na defesa do mesmo objeto. Um dos objetivos da tutela coletiva de direitos e da tutela de direitos coletivos é justamente evitar a multiplicação de ações idênticas em virtude do princípio da economia processual.

Dessa forma, é possível reconhecer a litispendência no mandado de segurança coletivo e nas demais ações coletivas, não somente quando forem satisfeitos os critérios de identidade das partes, causa de pedir e pedido, mas também quando houver identidade do titular do direito material.²⁵⁶

Ademais, verificada a litispendência entre processos coletivos, a opção mais adequada, e defendida por Antonio Gidi, consiste na extinção dos demais processos e

²⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Litispendência em ações coletivas. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coord.). **Processo civil: aspectos relevantes**. v. 2. São Paulo, Método, 2007. p. 576-577.

²⁵⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 258-262. MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 252-256. Teresa Wambier. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Litispendência em ações coletivas. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coord.). **Processo civil: aspectos relevantes**. v. 2. São Paulo, Método, 2007. p. 582.

manutenção da demanda coletiva, permitindo que os autores dos processos extintos trabalhem colaborativamente em uma única demanda.²⁵⁷

4.9 AUTORIDADE DA COISA JULGADA NO MANDADO DE SEGURANÇA

Para que seja corretamente analisada a autoridade da coisa julgada no mandado de segurança coletivo, devem ser primeiramente analisadas as particularidades do *mandamus* individual, sobretudo em razão da técnica de cognição dessa ação, qual seja, cognição exauriente segundo a eventualidade da prova ou cognição exauriente *secundum eventum probationis*.

Como anteriormente apresentado, o procedimento do mandado de segurança somente admite prova documental e pré-constituída (direito líquido e certo). Desse modo, pode o juiz negar-se a solucionar o litígio quando o mérito depende de prova de outra espécie, como a pericial e a testemunhal.

A restrição na modalidade da prova não significa restrição à participação das partes para influenciar no convencimento do juiz. O objetivo da restrição da prova não é limitar a participação das partes, mas sim acelerar a prestação da tutela jurisdicional. Conseqüentemente, em virtude da possibilidade de as partes influírem sobre a decisão judicial, esta é capaz de gerar coisa julgada material.²⁵⁸

O juiz pode, então, conforme a técnica de cognição do mandado de segurança, deixar de julgar o mérito se entender que ele depende, para ser devidamente elucidado, de outras modalidades de prova. Diante dessa situação, a decisão judicial proferida não é capaz de gerar coisa julgada em relação ao direito material e, conseqüentemente, pode o autor afirmar seu direito material por meio de outra ação e vê-lo analisado em um procedimento aberto a todas as espécies de prova, ou pode o autor renovar o pedido do mandado de segurança com fundamento em outra prova documental.²⁵⁹

²⁵⁷ GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 314.

²⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 79.

²⁵⁹ Não se pode concordar com a afirmação Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart que, quando o juiz deixar de julgar o mérito do mandado de segurança, somente é possível ao autor propor outra ação, e não novamente outro mandado de segurança. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz.

Em resumo, a decisão que julga procedente o pedido do mandado de segurança é apta a formar a coisa julgada material. Por outro lado, o juiz, de acordo com a prova apresentada pelo impetrante, pode deixar de julgar o mérito, decisão essa que não é apta a formar coisa julgada.

Todavia, sob a égide da Lei 1.533/1951, a doutrina divergia a respeito do julgamento que *denega* a segurança: se haveria ou não a formação da coisa julgada material.

O artigo 15 da Lei 1.533/1951 estabelecia que “a decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais”. E o artigo 16 dizia que “o pedido de mandado de segurança poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito”.

Diante de ambos os dispositivos, sobretudo diante do artigo 15, várias foram as vozes que bradaram pela inexistência de coisa julgada na decisão do mandado de segurança coletivo. José Cretella Júnior, reportando-se ao referido artigo, asseverou que o mandado de segurança é apenas uma das vias para reivindicar direitos e seus respectivos efeitos patrimoniais pois, negada a ordem, cabe o recurso à ação ordinária, ou seja, qualquer que seja a decisão do mandado, o impetrante poderá, por, ação própria, pleitear os seus respectivos efeitos patrimoniais.²⁶⁰

Em face desses dispositivos, o Supremo Tribunal Federal procurou fixar seu entendimento no sentido de que “decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria” (Súmula 304).

Ao tentar elucidar o problema da formação da coisa julgada no mandado de segurança, o Supremo utilizou-se de uma redação ambígua que permite inferir que a *decisão denegatória de mandado de segurança não faz coisa julgada contra o impetrante*. Contribui para essa interpretação o fato de que, em um dos precedentes que fundamentaram a edição da súmula, menciona-se a impossibilidade da propositura

Prova. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 79. Não haveria obstáculo para a impetração de outro mandado em virtude da não formação da coisa julgada material.

²⁶⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à lei do mandado de segurança**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 321.

de ação rescisória em face de decisão proferida em sede de mandado de segurança em virtude da ausência de formação da coisa julgada; em outros termos, de acordo com a interpretação da Corte no precedente, a decisão proferida em sede de mandado de segurança não formaria coisa julgada e, assim, estaria ausente um dos requisitos da ação rescisória.

Ainda sob a égide da Lei 1.533/1951, a formação ou não de coisa julgada no mandado de segurança, aplicável ao mandado de segurança coletivo, por si só seria suficiente para que, na ação coletiva, o instituto fosse interpretado de forma diversa em relação às previsões das demais ações coletivas. Entretanto, o mandado de segurança deve, na atualidade, ser interpretado à luz da Lei 12.016/2009.

A anterior regra do artigo 16 foi mantida pelo atual artigo 6º, § 6º, com o destaque de que a renovação do pedido deve observar o prazo decadencial de 120 dias do *mandamus*, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado: “o pedido de mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito.”

Entretanto, a regra do anterior artigo 15 não permaneceu a mesma na nova lei. De acordo com a redação do atual artigo 19, “a sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.”

Assim, de acordo com os novos dispositivos legais, o correto é admitir que três são as possíveis decisões proferidas em sede de mandado de segurança: (i) o juiz, em virtude da técnica de cognição exauriente *secundum eventum probationis*, nega-se a solucionar o litígio por ausência de prova documental pré-constituída; (ii) o juiz *concede* a segurança; (iii) o juiz *denega* a segurança. Na primeira hipótese, não há a formação da coisa julgada material; nas demais, há julgamento do mérito apto a produzir coisa julgada material.²⁶¹

²⁶¹ Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery tratam de modo diverso a coisa julgada material no mandado de segurança. Entendem os autores que a sentença concessiva ou denegatória da ordem, proferida com fundamento no artigo 269 do Código de Processo Civil, é de mérito e faz coisa julgada quanto à *pretensão à obtenção do mandado de segurança*, direito que se distingue, todavia, da *pretensão de direito material stricto sensu* subjacente, da qual eventualmente possa ser titular o impetrante. Em outras palavras, a coisa julgada que se forma sobre a sentença *concessiva* ou *denegatória* da ordem não impede o impetrante de ajuizar ação buscando a tutela de sua pretensão de direito material pelas vias ordinárias, caso

4.10 AUTORIDADE DA COISA JULGADA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

A previsão do mandado de segurança coletivo pela Constituição Federal de 1988 limita-se a definir os legitimados a impetrar a ação. Contudo, as peculiaridades das ações coletivas também são aplicáveis ao mandado de segurança coletivo. Por isso, além dos legitimados, deve ser tratada a coisa julgada sob seu aspecto subjetivo e sob seu aspecto de modo de produção.

A análise do aspecto subjetivo principia com os dispositivos da nova lei do mandado de segurança. De acordo com o *caput* do artigo 22 da Lei 12.016/2009, “no mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.”

Em relação aos limites subjetivos da autoridade da coisa julgada, não se pode concordar Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. quando afirmam que o texto normativo não apresenta maiores problemas, uma vez que o dispositivo legal somente confirma que a coisa julgada vincula o grupo titular do direito coletivo objeto do mandado de segurança.²⁶² Embora o texto legal possa parecer inocente, a questão adquire relevância a partir da redação do artigo antecedente e a partir da interpretação do Supremo Tribunal Federal do próprio permissivo constitucional do mandado de segurança coletivo. Essa interpretação, como já exposta, considera que abrangência dos direitos tutelados pelo mandado de segurança dá-se de acordo com o impetrante.²⁶³

Partindo-se da interpretação da Corte constitucional de que o mandado de segurança somente pode ser impetrado para a defesa de grupo ou de categoria vinculado à entidade impetrante (artigo 21, parágrafo único), o dispositivo somente confirma a impossibilidade de ser o direito difuso objeto do *mandamus* coletivo.

Portanto, em primeiro lugar, cuidando-se da defesa de qualquer direito coletivo por meio dessa ação coletiva, o *caput* do artigo 22 é inócuo ao limitar a

essa ainda não se encontra atingida pela decadência ou prescrição. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 1707.

²⁶² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. v. 4. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 376-377.

²⁶³ Limitar os efeitos subjetivos da coisa julgada em razão do impetrante difere, em muito, de limitar a eficácia subjetiva de acordo com a finalidade social do impetrante, seu objeto social, a pertinência temática.

autoridade da coisa julgada aos membros do grupo ou categoria. A extensão subjetiva da coisa julgada não é limitada de acordo com os membros de determinado grupo ou categoria, mas sim de acordo com a titularidade do direito material.

Em outros termos, a interpretação literal do dispositivo legal restringe aqueles que são atingidos pela autoridade da coisa julgada de acordo com a figura do impetrante e, reflexamente, não compreende os direitos difusos como dignos de tutela jurisdicional por meio do mandado de segurança coletivo. Levando em consideração a definição de direitos difusos, não se pode restringir os efeitos da decisão a uma coletividade determinada (confinada a um grupo ou categoria).

Assim, novamente, deve-se considerar que a extensão subjetiva da coisa julgada no mandado de segurança coletivo é limitada em razão da titularidade do direito material e não, conforme se depreende da literalidade dos dispositivos mencionados e da interpretação da Corte constitucional, em razão do legitimado.

Sobre o modo de produção da coisa julgada no mandado de segurança coletivo, Antonio Gidi, Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Júnior, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. defendem a aplicação de um sistema híbrido, com a combinação da lei do mandado de segurança, da ação civil pública e do código de defesa do consumidor. Os autores afirmam que a disciplina da coisa julgada coletiva no mandado de segurança coletivo já estaria prevista nos artigos 103 e 104 da Lei 8.078/1990.²⁶⁴ Teori Albino também entende pela aplicação do regime das demais ações, mas faz referência às Leis 4.717/1965 e Lei 7.347/1985.²⁶⁵

No entanto, entende-se que a melhor solução para o mandado de segurança coletivo é diversa. Os dispositivos da Lei 4.717/1965, da Lei 7.347/1985 e da Lei 8.078/1990 possuem a mesma função, qual seja, possibilitar a rediscussão do litígio que, em princípio, fora solucionado contrariamente aos direitos difusos e coletivos em razão da insuficiência de provas. Essa insuficiência de provas seria o sinal de que o

²⁶⁴ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 84. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 1729. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. v. 4. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 378.

²⁶⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. O mandado de segurança coletivo na Lei 12.016/2009. In: MILARÉ, Édís (coord.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 789-800.

representante do titular do direito atuou de modo deficiente ou de maneira intencionalmente precária.

Clara é a distinção entre o juízo de cognição no mandado de segurança, de acordo com o qual o juiz apenas julga o mérito na presença de prova documental pré-constituída (cognição exauriente *secundum eventum probationis*), e o juízo de cognição nas ações coletivas em defesa de direitos coletivos e difusos, nas quais o juiz é obrigado a proferir uma sentença de improcedência (cognição exauriente).²⁶⁶

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart explicam que, para que seja admitido que o julgamento com base em insuficiência de provas é julgamento fundamento em cognição exauriente *secundum eventum probationis*, seria necessário concluir que o juiz, no caso de insuficiência de provas, não deve julgar, o que é contrário aos fundamentos do direito processual civil e à própria letra das lei que regulamentam as demais ações coletivas, que falam em *improcedência*.

Dessa forma, no mandado de segurança coletivo, a insuficiência de provas não é um mecanismo de segurança de acordo com o qual os legitimados podem propor nova demanda coletiva com base em *prova nova*. No mandado de segurança coletivo, a insuficiência de provas, ou melhor, a inexistência de prova documental pré-constituída, impede a atuação jurisdicional e, conseqüentemente, impede a formação de coisa julgada material.

Inexistente a formação da coisa julgada material, qualquer legitimado pode propor novo mandado de segurança coletivo com base de outra prova documental pré-constituída, no prazo decadencial de 120 dias, ou o legitimado pode propor outra ação coletiva e requerer todos os meios de produção de prova que julgar conveniente. Essa regra afasta a grande preocupação das demandas coletivas, que é a possibilidade de rediscussão de uma demanda que preteritamente não foi conduzida adequadamente e que pode afetar todos aqueles que não participaram da relação jurídica processual.

Assim, é possível afirmar que no mandado de segurança coletivo, a coisa julgada forma-se *pro et contra* e atinge indistintamente a esfera jurídica individual,

²⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 100.

com exceção daqueles que não requererem a *suspensão* de seu mandado individual nos termos do artigo 22, § 1º, da Lei 12.016/2009.

Por fim, de acordo com Calmon de Passos, qualquer interessado, ou mesmo a entidade impetrante, pode lançar mão da rescisória, quando for o caso, afastando por esse meio a imutabilidade do comando da decisão anterior. É nessa linha entram, como invocáveis, por exemplo, a falsidade do documento (artigo 485, VI, do Código de Processo Civil).²⁶⁷

4.11 CONCLUSÕES E PROPOSTAS

Não obstante as considerações anteriores sobre a autoridade da coisa julgada no mandado de segurança coletivo, da mesma forma que os demais tópicos conclusivos anteriormente apresentados, é conveniente tecer comentários sobre as outras perspectivas da coisa julgada coletiva.

A garantia das partes e a garantia do próprio processo perpassa o conteúdo do princípio do devido processo. De um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem provas e de influírem no convencimento do julgador; de outro, preza-se pela imparcialidade do juiz e pela justiça das decisões.

O devido processo não deve refletir somente garantias exclusivas das partes, mas também garantias da jurisdição. O processo judicial deve ultrapassar o conceito de individualismo das partes para culminar em uma estrutura de cooperação, na qual a garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz. Em outros termos, para além da obtenção de uma decisão favorável, a participação dos sujeitos no processo significa cooperação no exercício da jurisdição. “Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para

²⁶⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data (constituição e processo)**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 70.

reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente.”²⁶⁸

As partes são necessárias ao desenvolvimento do processo, ou melhor, as partes que representem interesses opostos com relação ao objeto litigioso são fundamentais para o procedimento cognitivo que culmina na decisão jurisdicional. Assim, a existência do contraditório é fundamental para a dialética do processo.²⁶⁹

Sob o prisma do interesse público na tutela jurisdicional, a solução do litígio deve corresponder de forma mais fiel possível à realização do direito material no caso concreto. A cognição judicial deve dar-se a partir do confronto das narrações apresentadas pelas partes que participam do processo, cada qual com o interesse em uma reconstrução dos fatos e aplicação da lei que lhe seja mais *favorável* antes de ser a mais *exata*. A cognição judicial conta, dessa forma, com o confronto de alegações para definir a solução do conflito levado a juízo.²⁷⁰

A garantia do amplo contraditório nas ações coletivas deve ser diferenciada em relação às ações de cunho individual. O garantia deve ser, como já apontado por Mauro Cappelletti, *social* ou *coletiva*, de forma que os direitos pertencentes ao um grupo ou à coletividade sejam efetivamente resguardados em face da salvaguarda do indivíduo em um processo individualístico.

A garantia ao contraditório não é deixada de lado ao adotar-se uma nova perspectiva na tutela jurisdicional coletiva. Na configuração de um processo no qual uma comunidade ou coletividade de indivíduos é representada em juízo na busca de seu interesses, novos parâmetros devem ser considerados para a garantia do contraditório no processo.

²⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* na ótica do processo de estrutura cooperatória. In: **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 2-3.

²⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* na ótica do processo de estrutura cooperatória. In: **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 4.

²⁷⁰ “Seria ingênuo desconhecer que, em regra, cada uma das partes tem maior interesse numa reconstrução *favorável* do que numa reconstrução *exata* dos acontecimentos de que nasceu o litígio, e que os seus esforços talvez visem menos a ajudar o órgão judicial na busca da verdade do que a desviá-lo dela, ou quando nada a atrair-lhe a atenção exclusivamente para *um lado* da verdade.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 66.

A limitação da coisa julgada às partes é corolário do princípio do contraditório. O terceiro que não participou da relação processual, sob a óptica da perspectiva individualista do processo, não pode ser prejudicado.²⁷¹

Diante da exigência, de um lado, de adequada e efetiva técnica de tutela de direito material e, de outro, da preservação das garantias processuais, resta ao órgão jurisdicional, na figura do juiz, controlar a atuação das partes no processo, ou melhor, controlar para que aqueles que participam no processo sejam adequadamente representados. Indiretamente, como aponta José Rogério Cruz e Tucci, é valorizada a atuação do juiz em um processo coletivo, pois é ele quem deve salvaguardar, no caso concreto, os direitos daqueles que não são partes na relação jurídica processual.²⁷²

Vincenzo Vigoritti sustenta que a não oponibilidade da coisa julgada no caso de improcedência da demanda, ao mesmo tempo que frustra a uniformidade da cognição a respeito do interesse coletivo em virtude da possível existência de julgados divergentes sobre a matéria, impõe um ônus excessivo ao réu, obrigado a repetir sua defesa em diversos processos e não podendo aproveitar a decisão anteriormente que lhe é favorável.²⁷³

O direito norte-americano também enfrentou a problemática de conceder efeito vinculativo à sentença proferida na *class action* àqueles que não participaram do processo, de forma a resguardar o devido processo e ao mesmo tempo atender a economia processual.

A Suprema Corte, ao ser provocada sobre a matéria, decidiu que a sentença proferida em uma *class action* é exceção à regra tradicional de que somente as partes litigantes estão vinculadas à decisão proferida no processo.²⁷⁴ Somente haveria afronta ao devido processo legal se os meios utilizados não assegurassem a adequada representação dos membros ausentes.²⁷⁵

²⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, v. 5, p.128, jan. 1977.

²⁷² TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coord.). **Processo civil: aspectos relevantes**. v. 2. São Paulo, Método, 2007. p. 380.

²⁷³ VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo**: la legittimazione ad agire. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979. p. 112.

²⁷⁴ Supreme Tribe of Ben Hur v. Cauble, 255 U.S. 356 – 1921.

²⁷⁵ Hansberry v. Lee, 311 U.S. 32 – 1949.

O reconhecimento da impossibilidade da união de todos os afetados em razão do tamanho da classe fez com que se reconhecesse a possibilidade de um pequeno grupo representar toda a classe. Igualmente, houve o reconhecimento, para a garantia do devido processo, de um apropriado sistema de notificação dos membros ausentes e de uma cuidadosa investigação sobre a representação das pessoas nomeadas para adequadamente atuar em juízo. Sobre a necessidade de intimação de todos os membros da classe, decidiu a Suprema Corte, de acordo com a Regra 23(b) das *Federal Rules of Civil Procedure*.²⁷⁶

O direito brasileiro vigente adota uma solução intermediária entre a necessidade de tutela dos direitos coletivos e a necessidade de respeito ao princípio do contraditório. Contudo, a despeito da previsão legal sobre o tema, deve-se repensar a coisa julgada quando há a representação adequada do titular do direito coletivo.²⁷⁷

Como é estreita a correlação entre o regime da coisa julgada e a legitimação para a causa, se a representação é adequada, nada mais justificável que os interesses do grupo ou da coletividade sejam acobertados pelos efeitos da decisão, tanto no caso de procedência ou quanto improcedência. Ademais, diante da grande quantidade de membros ou grupo ou de titulares de um direito individual homogêneo, senão impossível, muito difícil a formação do contraditório com todos os interessados.

Assim, a ideia de representação adequada vai, por um lado, ao encontro da necessidade da sociedade contemporânea em lidar com interesses emergentes e direitos que pertencem à coletividade e, por outro, garante de forma indireta o direito constitucional ao contraditório.²⁷⁸

Ademais, pode-se considerar que nas demandas coletivas, mesmo ausente o contraditório em seus moldes tradicionais, o litígio tende a encontrar seu melhor

²⁷⁶ Eisen v. Carlisle & Jacquelin, 417, U.S. 156 – 1974.

²⁷⁷ Antonio Gidi, em posição que não mais adota, chegou a defender que a sistemática adotada pela legislação consumerista brasileiro no que se refere à coisa julgada coletivo seria a disciplina mais adequada à realidade brasileira. GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 71.

²⁷⁸ Esse também é o pensamento de Ada Pellegrini Grinover, para a qual “não há incompatibilidade entre o ‘devido processo legal’ e as técnicas das ações coletivas para a tutela dos interesses difusos. Reconhece-se até mesmo coincidência e complementaridade entre os interesses individual e social. E, a nosso ver, também entre o processo constitucional e as modernas exigências de efetiva tutela jurisdicional dos interesses emergentes na sociedade de massa.” GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas**. In: **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 58-59.

resultado – e por que não dizer mais justo – do que diversas demandas individuais sujeitas a diferentes resultados, seja em virtude do conhecimento de diferentes magistrados, seja pelas possibilidades fáticas dos indivíduos em juízo, seja até mesmo pela qualidade do procurador judicial que atua no caso.

Barbosa Moreira, ao estudar o conteúdo a imutabilidade das declarações e condenações contidas na sentença, já apontou que a finalidade do instituto da coisa julgada é essencialmente *prática*, de modo a conferir estabilidade à tutela jurisdicional. Para que essa função seja exercida de modo adequado, ou seja, para que haja eficácia da coisa julgada, “ela deve fazer imune a futuras contestações o *resultado final* do processo.”²⁷⁹

Outrora defensor do atual regime jurídico da coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro, Antonio Gidi considera que, se corretamente compreendida, a coisa julgada *secundum eventum litis* do direito brasileiro perde seu encanto. Em verdade, defende que a coisa julgada no processo coletivo deve vincular ambas as partes *materiais da lide*, independentemente do resultado da demanda (*pro et contra*), mas desde que os interesses do grupo tenham sido adequadamente representados em juízo e os membros tenham recebido uma adequada notificação, oportunidade de participar e de se auto-excluir (*opt out*).²⁸⁰

Dessa forma, a coisa julgada nas demandas coletivas que julgam direitos indivisíveis, ou seja, cujo objeto são os assim denominados direitos coletivos e direitos difusos, deve operar de tal forma que o resultado final do processo tenha significado na prática. A partir do momento em que a demanda foi adequadamente proposta pelo ente legitimado e representante adequado do titular do direito, a imutabilidade do comando judicial deve atingir a todos os titulares do direito, sejam eles o grupo, associação, coletividade ou mesmo os indivíduos cujas demandas homogêneas foram levadas a juízo de forma coletiva.

²⁷⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa julgada e declaração. In: **Temas de direito processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 83.

²⁸⁰ GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 293-299.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O remédio constitucional do mandado de segurança, juntamente com outros instrumentos constitucionalmente previstos, como é o caso do *habeas corpus*, do *habeas data*, da ação popular e do mandado de injunção, não é uma simples ação que poder ser reduzida ao princípio contido no artigo 5º, XXXV, da Constituição, de acordo com o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A previsão constitucional do mandado de segurança tem como corolário o princípio da inviolabilidade do direito líquido e certo, ao mesmo tempo que há a previsão de instrumento contra a ilegalidade ou abuso de poder. Conjuntamente, ao fundar uma ação em direito líquido e certo (entendido como aquele que pode ser provado por simples prova documental), há a previsão de um procedimento abreviado sem a necessidade de dilação probatória e de um provimento jurisdicional que elimine ou evite a lesão mediante tutela *in natura*, e não em equivalente monetário.²⁸¹

O *mandamus* coletivo é um dos instrumentos que podem ser utilizados para a tutela de direitos coletivos e para a tutela jurisdicional coletiva de direitos. Da mesma forma que a coletividade ou grupo pode ser titular de direitos, é necessário que haja instrumentos aptos a garantir sua tutela jurisdicional.²⁸²

Não se pode amesquinhar o instituto restringindo-o a somente determinados direitos para a proteção de determinados grupos ou classes. A interpretação do permissivo constitucional deve ser aquela que possibilita resguardar da melhor forma e da forma mais ampla possível os direitos carentes de proteção. A previsão

²⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto. **Revista de Processo**, ano 15, n. 57, p. 96-101, jan./mar. 1990. p. 97.

²⁸² “Se o processo é instrumento de realização do direito material, o resultado do seu funcionamento deve situar-se a uma distância mínima daquele que produziria a atuação espontânea das normas substantivas, e já constitui uma desgraça a impossibilidade de fazer coincidir precisamente um e outro. Ora, a importância do direito de ação consiste em que, de ordinária, a existência mesma do processo depende de que alguém se disponha a exercitá-lo. Em semelhante perspectiva, parece menos relevante indagar se a ação há de ser concebida como direito a uma sentença favorável ou como direito a uma sentença de qualquer teor, que cuidar da impossibilidade concreta do respectivo exercício. E salientar os desdobramentos de conteúdo (direito ao contraditório, à prova, à motivação das decisões judiciais), cujo resguardo se põe como condição necessária – embora não suficiente – de um desfecho, na medida do possível, justo.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências contemporâneas do direito processual civil. In: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 3.

constitucional do mandado de segurança como um direito fundamental exige que as leis que disciplinem seu procedimento, bem como a interpretação do ordenamento pelos Tribunais, sejam sempre as mais abertas e favoráveis ao seu cabimento, à sua tramitação e à sua efetividade.²⁸³

Juntamente com o tratamento adequado da legitimidade, do objeto, e da coisa julgada no mandado de segurança coletivo, esses institutos primordiais para as ações coletivas também devem ser repensados para as demais ações coletivas, sempre com o objetivo de maximizar a utilização e eficácia das demandas coletivas.

Os legitimados devem ser aqueles que possuem mais condições, no caso concreto, de adequadamente levar as questões a juízo. O legitimado pode ser desde uma associação, uma entidade de classe ou o Ministério Público, como também pode ser um cidadão individual que pode adequadamente representar os interesses coletivos em juízo. A representação adequada independe da personalidade do representante, física ou jurídica, de direito público ou de direito privado. A representação deve ser verificada no caso concreto, porque não é possível, de antemão, somente por meio de um rol taxativo de legitimados previstos legalmente, garantir que os direitos serão adequadamente tutelados.

O objeto das ações coletivas são todos aqueles direitos coletivos carentes de tutela jurisdicional, independentemente da classificação ou nomenclatura que se adote. Entretanto, a partir do momento em que há definição legal distinguindo diferentes tipos de direitos coletivos, bem como há definição legal de direitos individualmente considerados que merecem tratamento coletivo, deve-se analisar com parcimônia as interpretações que a princípio parecem inocentes. Essas interpretações podem por limitar o acesso à jurisdição para determinados direitos, notadamente, no caso do mandado de segurança coletivo, os assim chamados direitos difusos.

Por fim, levando-se em consideração que o legitimado que figura na relação jurídica processual representa adequadamente os interesses da coletividade, grupo ou indivíduos representados em juízo, e levando-se em consideração a possibilidade de tutela de todo direito indistintamente, o tratamento da imutabilidade do comando da

²⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 235-236.

decisão judicial deve ser aquele que, além de resguardar os direitos e garantias processuais, permita que a atuação jurisdicional não seja em vão. Em outros termos, a partir do reconhecimento da adequada representação, a atuação jurisdicional como função estatal deve vincular a todos aqueles titulares do direito.

A garantia ao contraditório, nas tutelas coletivas, deve ser interpretada de forma que seja assegurada por meio do representante adequado da classe, grupo, categoria ou coletividade. Assim, os legitimados podem fazer uso da segurança coletiva para agir em defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Ressalte-se que, da mesma forma que os direitos coletivos são passíveis de tutela por meio da via coletiva, nada impede que um indivíduo busque a proteção ou a reparação de seu direito individual.

Não se pode deixar de notar que a utilização de ações coletivas é alvo de contínuo debate. Mesmos nos Estados Unidos, país no qual a tutela coletiva por meio da *class action* possui maior tradição, há manifestações sobre a correta utilização do instrumento, de modo a não o tornar simplesmente uma ferramenta de aproveitamento individual ao invés de uma ferramenta de interesse social. Essa preocupação adquire especial relevância quando do tratamento das ações coletivas no ordenamento jurídico brasileiro, país que em regra não compartilha da cultura das ações coletivas do direito norte-americano.²⁸⁴

Diante dos direitos que são objeto das ações coletivas, sobretudo do mandado de segurança coletivo, cujo objeto é a tutela jurisdicional do direito líquido e certo, questão de primordial importância é a natureza desses direitos, cuja violação em regra não pode ser substituída por qualquer equivalente monetário. Dessa forma, uma vez consumada a lesão, não é possível restaurar por completo o bem pertencente ao grupo ou à coletividade. Deve-se lançar mão das tutelas preventivas para que o dano irremediável não seja causado. A necessidade de remédios preventivos é mais uma justificativa para a extensão do rol de legitimados a ingressar com as ações coletivas, de forma a garantir a preservação do bem objeto de tutela. Quanto antes for provocada

²⁸⁴ WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. **Revista de Processo**, ano 17, n. 67, p. 15-25, jul./set. 1992. p. 15-16.

a jurisdição, antes poderá a atuação jurisdicional resguardar os direitos da coletividade.²⁸⁵

Não se olvide a possibilidade de aquele que primeiro ingressa em juízo seja alguém que ponha a causa a perder, por inépcia, por decídia ou mesmo por má fé, em conluio com o réu. Para evitar essas e outras situações, desde a edição da lei da ação popular, existe a possibilidade em determinados casos de rejeição do pedido por deficiência de prova, hipótese na qual se pode ingressar novamente com outra demanda com idêntico fundamento com base em prova nova. Entretanto, a defesa neste trabalho é a possibilidade de tanto o julgamento de procedência, quanto o julgamento de improcedência, produzirem efeitos a todos os membros do titular do direito coletivo, desde que a demanda seja apresentada em juízo por aquele legitimado que seja o adequado representante na defesa dos direitos coletivos.

Dessarte, para evitar as formas anteriormente mencionadas de utilização do processo somente em benefício da parte contrária, e não da coletividade, é que devem atuar os legitimados concorrentes a intentar as ações coletivas, sobretudo o Ministério Público. Não é preciso trazer uma nova previsão legal sobre a questão, pois o próprio Código de Processo Civil atualmente vigente já traz essa possibilidade quando dispõe da atuação do Ministério Público em juízo. Deve-se interpretar o vocábulo *interesse público* do artigo 82, III, como o interesse transindividual, de natureza indivisível; igual tratamento deve ser dado àquelas demandas que, em virtude do caráter homogêneo dos direitos pertencentes a uma pluralidade de pessoas, mereçam a forma coletiva de proteção jurisdicional.

A filosofia do egoísmo, de acordo com a qual a melhor maneira de colaborar com a promoção do bem comum consiste, para cada indivíduo, em cuidar exclusivamente de seus interesses, justifica a falta de representação adequada de bens e valores que não pertencem individualmente a quem quer que seja.²⁸⁶ Contudo, dentre os diferentes mecanismos que podem contribuir para a mudança desse panorama, está

²⁸⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurídica dos interesses coletivos. In: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 178.

²⁸⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.) **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984. p. 105.

a possibilidade de tutela jurisdicional desses direitos que pertencem a todos e, ao mesmo tempo, a ninguém isoladamente.

A previsão legal atualmente vigente para o mandado de segurança coletivo é inidônea à efetiva tutela do direito material coletivo, ou, com maior amplitude, um obstáculo para o acesso à justiça. A parte do outro lado da relação jurídica processual do *mandamus* coletivo é o ente estatal ou aquele no exercício de atribuições do poder público e, quiçá, é esse um dos motivos pelos quais não somente o mandado de segurança coletivo, mas os outros instrumentos de tutela coletiva por vezes encontram obstáculos no campo do legislativo e no campo do judiciário.²⁸⁷

Não somente para o mandado de segurança coletivo, mas para todas as demandas coletivas a posição estatal é no sentido de minimizar a todo custo os incômodos e prejuízos que possam ser-lhe causados pela procedência dessas ações.²⁸⁸

Inobstante, a efetiva prestação da tutela jurisdicional dos direitos coletivos por meio de seus adequados representantes, a possibilidade de levar a juízo qualquer direito, independentemente de sua classificação como coletivo, difuso, ou individual homogêneo, e o adequado tratamento à definitividade das decisões judiciais de forma a, ao mesmo tempo, resguardar os direitos dignos de proteção e garantir a efetividade da atuação estatal coadunam-se com a ideia de jurisdição no Estado contemporâneo.

As ações coletivas, entre elas o mandado de segurança coletivo, têm importante relação com os direitos fundamentais prestacionais. Tais ações permitem a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais que exigem prestações sociais (direito à saúde, por exemplo) e adequada proteção – inclusive contra os particulares (direito ambiental, por exemplo) –, mas, além disso tudo, constituem condutos vocacionados a permitir ao povo reivindicar os seus direitos fundamentais materiais.²⁸⁹

O direito à tutela jurisdicional do direito não tem qualquer relação com a noção clássica de direito subjetivo. Nenhum particular tem poder para vincular o

²⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Palavra da homenageada. In: GOZZOLI, Maria Clara. *et al.* **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24.

²⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 745.

²⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 109-111.

outro. O direito à tutela do direito não resulta de um vínculo estabelecido entre sujeitos, no qual um deles pode exigir do outro certa prestação, mas sim da existência de uma posição jurídica protegida. Ademais, o Estado tem o dever de tutelar os direitos em razão do seu poder, assim como o juiz possui deveres porque exercer poder jurisdicional. Nada disso deriva de poderes dos sujeitos ou das partes. Por isso mesmo, a tese de que a jurisdição tem a função de tutelar os direitos está distante da antiga ideia de jurisdição como função voltada à tutela dos direitos subjetivos privados violados.²⁹⁰

Outro fator que não deve escapar da atual função jurisdicional é a necessidade de gestão racional do conjunto de processos, seja na utilização de mecanismos que acelerem a tutela jurisdicional individual, seja na utilização de mecanismos que busquem uma maior eficiência dos recursos disponíveis, no que se enquadra a solução de controvérsias de forma coletiva.²⁹¹

A atuação judicial mais ativa levanta a questão da legitimidade do juiz na tomada de decisões. Dentro de uma democracia representativa, os membros das demais funções estatais – Executivo e Judiciário – são eleitos para representar a sociedade, o que não ocorre, no caso brasileiro, com os membros do corpo judiciário. Dessa forma, surge a necessidade de outra justificativa para a legitimidade dos juízes em alterar até mesmo decisões anteriormente tomadas por outros membros do Estado. Assim, no sistema brasileiro, a legitimidade do Judiciário advém da realização dos valores constitucionais.

Não obstante, o exercício do poder estatal, em um regime democrático de direito, deve ser constantemente objeto de controle social dos cidadãos e de fiscalização no âmbito jurídico-constitucional do corpo judiciário.²⁹²

²⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 132-139.

²⁹¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas nos países ibero-americanos: situação atual, código modelo e perspectivas. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (coord.). **Acesso à justiça e efetividade do processo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 46. CAPONI, Remo. **O princípio da proporcionalidade na justiça civil**: primeiras notas sistemáticas. Tradução de Sérgio Cruz Arenhart. Curitiba. 2010. Palestra proferida no congresso de direito processual: Desafios do novo processo civil e penal – homenagem ao professor Luiz Guilherme Marinoni.

²⁹² “É preciso advertir que as razões de Estado - quando invocadas como argumento de sustentação da pretensão jurídica do Poder Público ou de qualquer outra instituição - representam expressão de um perigoso ensaio destinado a submeter, à vontade do Príncipe (o que é intolerável), a autoridade hierárquico-

A partir do momento em que a ninguém é dado defender em juízo direito alheio se não autorizado por lei, e diante das novas necessidades do Judiciário, reforça-se a necessidade de ampliar os autores que são legitimados a ingressar com demandas coletivas. Na falta de previsão legal, a exemplo do sistema norte-americano, caberia ao juiz verificar, no caso concreto, se há representação adequada, ou seja, se o autor que ingressou com a ação representa adequadamente os interesses em litígio, seja tecnicamente (conhecimento), seja monetariamente (com a possibilidade de produção de provas e de arcar com as custas do processo durante sua tramitação). Na ausência de representação adequada, ao invés da extinção do processo sem julgamento de mérito, como ocorreria normalmente, o juiz deve intimar outros legitimados adequados para o caso para que, querendo, assumam a titularidade da ação coletiva.

De nenhuma forma o direito de ação deve ser obstaculizado, inclusive para a tutela jurisdicional de direitos pertencentes à coletividade. O processo e o procedimento devem adequar-se e aprimorar-se conforme as necessidades de tutela do direito material violado ou ameaçado de violação. O processo coletivo, como não poderia deixar de ser, é uma resposta às modificações da sociedade, a qual eleva determinadas categorias de direito a um interesse acima do interesse individual.

Por fim, a autonomia e a instrumentalidade do processo não significam que ele deva ser neutro e indiferente às diferentes situações de direito substancial merecedoras de tutela. Pelo contrário, o processo deve existir para que seja possível a defesa de todo e qualquer direito.

normativa da própria Constituição da República, comprometendo, desse modo, a ideia de que o exercício do poder estatal, quando praticado sob a égide de um regime democrático, está permanentemente exposto ao controle social dos cidadãos e à fiscalização de ordem jurídico-constitucional dos magistrados e Tribunais.” Superior Tribunal Federal, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 236.546, relator Ministro Celso de Mello, publicado em 01/10/1999.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLORIO, Enrico. **La cosa giudicata rispetto ai terzi**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1992.

ALVIM, Eduardo Arruda. Apontamentos sobre o processo das ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARBI, Celso Agrícola. Mandado de segurança na Constituição de 1988. **Revista de Processo**, ano 15, n. 57, p. 7-12, jan./mar. 1990.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito processual das coletividades e dos grupos**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; ALMEIDA, Gregório Assagra de. Legitimidade ativa e objeto material no mandado de segurança coletivo. **Revista dos Tribunais**, ano 99, v. 895, p. 9-58, mai. 2010.

BEZNOS, Clóvis. **Ação popular e ação civil pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

BUENO, Casio Scarpinella. A legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo. **Revista de Processo**, ano 22, n. 88, p. 185-207, out./dez. 1997.

_____. *As class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, ano 21, n. 82, p. 92-151, abr./jun. 1996.

_____. **Liminar em mandado de segurança**: um tema com variações. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BULGARELLI, Waldirio. A tutela do consumidor na jurisprudência brasileira e *de lege ferenda*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.) **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984. p. 107-127.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 7. ed. rev. e atual. até a emenda constitucional n. 53/2006. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUZUID, Alfredo. **Considerações sobre o mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Estudos de direitos**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1972.

CÂNDIA, Eduardo. A representação adequada no direito processual civil coletivo brasileiro e o controle judicial em cada caso concreto: uma abordagem *de lege lata*. **Revista de Processo**, ano 36, n. 202, p. 419-453, dez. 2011.

CAPONI, Remo. **O princípio da proporcionalidade na justiça civil**: primeiras notas sistemáticas. Tradução de Sérgio Cruz Arenhart. Curitiba. 2010. Palestra proferida no congresso de direito processual: Desafios do novo processo civil e penal – homenagem ao professor Luiz Guilherme Marinoni.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**, v. 5, p.128, jan. 1977.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o mandado de segurança coletivo, nos termos da Lei 12.016/2009. **Revista de Processo**, ano 34, n. 178, p. 9-46, dez. 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições de processo civil**. v. 1. Campinas: Servanda, 1999.

CARVALHO, Acelino Rodrigues. A natureza da legitimidade para agir no sistema único de tutelas coletivas: uma questão paradigmática. In: GOZZOLI, Maria Clara. *et al.* **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 25-65.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1969.

_____. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1969.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Conrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. Bologna: Società editrice il Mulino, 1995.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à lei do mandado de segurança**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. **Do mandado de segurança coletivo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. **Do mandado de segurança**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. **Os “writs” na Constituição de 1988**: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, habeas corpus, ação popular. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

CRUZ, Alexandre. Mandado de segurança. In: CRUZ, Alexandre (org.) **Ações constitucionais**: mandado de segurança, habeas data, mandado de injunção, habeas corpus e outros instrumentos de garantia. Campinas: Millennium Editora, 2007.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. **Revista de Processo**, ano 20, n. 77, p. 224-235, jan./mar. 1995.

DIDIER JR. Fredie. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico**, n. 10, jan. 2002.

_____; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. v. 4. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança (individual e coletivo)**: aspectos polêmicos. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

FERRAZ, Sérgio. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Direitos difusos e coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

_____. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

_____. **Perfil do mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: estudo analítico de suas possibilidades e limites. In: MILARÉ, Édís (coord.). **A ação civil pública após 20 anos**: efetividade e desafios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

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

_____. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, ano 27, n. 108, p. 61-70, out./dez. 2002.

_____. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. El concepto de acción colectiva. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). **La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos**. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 2004.

_____. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

_____. **Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FRAVETO, Rogério. Mandado de segurança coletivo – legitimidade e objeto – análise dos seus principais aspectos – lei 12.016/2009. **Revista dos Tribunais**, ano 99, v. 898, p. 79-112, ago. 2010.

GOMES, Flávio Marcelo. Limites subjetivos da coisa julgada coletiva (ontem, hoje e amanhã). **Revista dos Tribunais**, ano 98, v. 889, p. 78-104, nov. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de *civil law* e *common law*: uma análise de direito comparado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. A aparente restrição da coisa julgada na ação civil pública: ineficácia da modificação ao art. 16 pela Lei 9.494/97. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvim de (coord.). **Temas de direito ambiental e urbanístico**. São Paulo: Max Limonad/Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, 1998.

_____. A problemática dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.) **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984. p. 29-45.

_____. A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito comparado. In: **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 137-143.

_____. A tutela jurisdicional dos interesses difusos no sistema brasileiro. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.) **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984. p. 177-186.

_____. Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores. In: **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 148-164.

_____. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. In: **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 45-59.

_____. Defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* na ótica do processo de estrutura cooperatória. In: **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 1-16.

_____. Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto. **Revista de Processo**, ano 15, n. 57, p. 96-101, jan./mar. 1990.

_____. Palavra da homenageda. In: GOZZOLI, Maria Clara. *et al.* **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUERNELLI, Michele. La nuova azione di classe: profili processuali. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, ano LXIV, n. 3, p. 917-934, set. 2010.

JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo. Ação civil pública, o direito social e os princípios. In: MILARÉ, Édis (coord.). **A ação civil pública após 20 anos**: efetividade e desafios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**, 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LÉPORE, Paulo Eduardo. Extensão subjetiva da coisa julgada no direito processual civil coletivo. **Revista de Processo**, ano 34, n. 169, p. 9-37, mar. 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Manual de direito processual civil, 1**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social e os princípios. In: MILARÉ, Édis (coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Manual do consumidor em juízo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Processo de conhecimento**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Prova**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada; a questão da relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. 4. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Ações coletivas nos países ibero-americanos: situação atual, código modelo e perspectivas. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (coord.). **Acesso à justiça e efetividade do processo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 491-492.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. In: **Temas de direito processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 110-123.

_____. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. In: **Temas de direito processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 97-109.

_____. A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 65-77.

_____. A legitimação para a defesa dos “interesses difusos” no direito brasileiro. In: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 183-192.

_____. A proteção jurídica dos interesses coletivos. In: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 173-181.

_____. A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.) **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984. p. 98-106.

_____. Coisa julgada e declaração. In: **Temas de direito processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 81-89.

_____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada In: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 99-113.

_____. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 27-42.

_____. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil. In: **Temas de direito processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 90-96.

_____. **Temas de direito processual**: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Tendências contemporâneas do direito processual civil. In: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 1-13.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses difusos ou coletivos. In: **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 193-221.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. Mandado de segurança coletivo: instituto que não alterou a natureza do mandado de segurança já constante das Constituições anteriores – partidos políticos – legitimidade *ad causam*. **Revista de Processo**, ano 15, n. 57, p. 150-158, jan./mar. 1990.

NEVES, Celso. **Coisa julgada civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Remédios constitucionais**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.) **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984. p. 9-28.

PACE, Alessandro. Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova “class action”. **Rivista di diritto processuale**, v. LXVI, p. 15-29, 2011.

PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data (constituição e processo)**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SIDOU, J. M. Othon. **As garantias ativas dos direitos coletivos: habeas corpus, ação popular, mandado de segurança – estrutura constitucional e diretivas processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional: doutrina e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVA, Marta Maria Gomes; LEHFELD, Lucas de Souza. Considerações sobre a legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo. **Revista de Processo**, ano 34, n. 171, p. 343-374, mai. 2009.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos**. Lisboa: Lex, 2003.

TARUFO, Michele. La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, ano LXV, n. 1, p. 103-123, mar. 2011.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional brasileiro concretizado**. São Paulo: Método, 2006.

TESHEINER, José Maria Rosa. Mandado de segurança coletivo. **Revista de Processo**, ano 35, n. 182, p. 9-16, abr. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coord.). **Processo civil: aspectos relevantes**. v. 2. São Paulo, Método, 2007. p. 279-306.

TOLEDO, Antonio Luiz de; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Interesses difusos e coletivos**. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **“Class action” e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coord.). **Processo civil: aspectos relevantes**. v. 2. São Paulo, Método, 2007. p. 373-396.

VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil; perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e processo**: la legittimazione ad agire. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. O mandado de segurança na disciplina da Lei 12.016, de 07.08.2009. **Revista de Processo**, ano 34, n. 177, p. 185-208, nov. 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Appunti sulle azioni collettive in Brasile: presente e futuro. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, ano LXIV, n. 2, p. 515-527, jun. 2010.

_____. Litispendência em ações coletivas. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coord.). **Processo civil**: aspectos relevantes. v. 2. São Paulo, Método, 2007. p. 567-583.

WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional**: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro e mandado de segurança contra atos judiciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

_____. Demandas coletivas e os problemas emergentes da prática forense. **Revista de Processo**, ano 17, n. 67, p. 15-25, jul./set. 1992.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.) **A tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984. p. 85-97.

WEISBROD, Burton A; HANDLER, Joel F.; KOSEMAR, Neil K. **Public interest law**: an economic and institutional analysis. Berkeley: University of California Press, 1978.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Mandado de segurança coletivo**: aspectos processuais controversos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. O mandado de segurança coletivo na Lei 12.016/2009. In: MILARÉ, Édis (coord.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.