

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ  
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS**

**ISRAEL SOARES DA SILVA**

**MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO E PARTIDOS  
POLÍTICOS**

**JOÃO PESSOA/PB  
2011**

**ISRAEL SOARES DA SILVA**

**MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO E PARTIDOS  
POLÍTICOS**

Monografia Jurídica

Área: Direito Processual Coletivo e  
Ciência Política.

Orientador: Prof. Fábio Bezerra dos  
Santos

JOÃO PESSOA/PB  
2011

S586m Silva, Israel Soares da.  
Mandado de segurança coletivo e partidos políticos / Israel Soares da Silva – João Pessoa, 2011.  
72f.

Monografia (Bacharelado no Curso de Direito) – Universidade Federal da Paraíba. Centro de Ciências Jurídicas, 2011.  
Orientador: Prof. Ms. Fábio Bezerra dos Santos.

1. Partido político. 2. Legitimação. 3. Direitos e interesses transindividuais. 4. Tutela coletiva. 5. Mandado de segurança coletivo.  
I. Título.

CDU – 347.958

**ISRAEL SOARES DA SILVA**

**MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO E PARTIDOS  
POLÍTICOS**

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientador: Prof. Fábio Bezerra dos Santos

---

Membro da Banca Examinadora

---

Membro da Banca Examinadora

JOÃO PESSOA/PB  
2011

Dedico este trabalho à minha família.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu Pai, Deus, a quem jamais conseguirei expressar a infinitude do amor e gratidão.

Ao meu pai, Ernan Rodrigues, homem destemido e honrado, verdadeiro herói a quem dedico amor incondicional e plenamente correspondido.

A minha mãe, Ernanice Rodrigues, igualmente amada, mulher forte e de fibra, cujo coração, de tão imenso, extravasa o próprio corpo.

Ao meu pai, Pedro Rodrigues, homem iluminado que me faz feliz pelo simples fato de existir.

As minhas irmãs, Camilla e Bruna, meninas únicas com as quais divido o mesmo coração.

Aos meus tios, Erlan, Elenice, Evanice, Erlane, Erlene, cujos abraços me confortam e me lembram a importância da família.

Aos meus primos, Arthur, Andréa, Eduarda, Erlan, Rebeqa, Larissa, Gabriel e Kethlyn, os quais procuro proteger nas minhas mais sinceras orações.

Aos meus amigos, em especial os da UFPB e do Setor Jurídico Banco do Brasil, família a qual me foi dado o privilégio de escolher.

Ao meu orientador Fábio, amigo com quem pude dividir as agruras e, sobretudo, as realizações de um trabalho empenhado.

Enfim, a todos que, de alguma forma, contribuem para que o mundo seja um lugar bom de se viver.

*“O direito pode criar um sistema perfeito, no tocante à justiça; mas se esse sistema for aplicado, em última instância, por homens, o direito valerá o quanto valham esses homens”*  
(Eduardo Juan Couture)

## RESUMO

A união do homem com os seus semelhantes faz parte da sua essência e é determinante para que sobreviva e logre êxito em suas finalidades. Com o gradativo aumento da complexidade das suas atividades é natural que as relações humanas também se tornem mais complexas, cabendo ao Direito, portanto, adequar-se a essas transformações para que se mostre hábil à promoção da Justiça e da ordem social. Não por outra razão, a ciência jurídica tem se desenvolvido para amparar com maior eficácia os direitos dos indivíduos coletivamente considerados, mitigando, em certa medida, o caráter eminentemente individualístico presente até então. Quanto à tutela dos direitos cuja titularidade superam um único indivíduo, o Brasil ocupa uma posição de vanguarda na teorização e legislação atinente tanto ao direito material, como dos instrumentos processuais dispensados para tutelá-los. De igual modo tem se tornado mais forte a necessidade de novas associações, cada vez específicas e direcionadas. Dentre esses grupos destacam-se, com latência, os partidos políticos. Realidade incontestável em todo o mundo atual, as agremiações partidárias são associações cuja razão de existir é fundamental a todo e qualquer agrupamento humano organizado: a política. Além do exercício das prerrogativas inerentes às disputas eleitorais, os partidos vêm galgando novas possibilidades de atuação, especialmente em razão do fenômeno que se convencionou denominar de judicialização dos conflitos, o qual vem sendo potencializado pela sua coletivização. Nessa conjuntura, avaliam-se os partidos políticos: suas razões de existir, funções e finalidades; os direitos transindividuais, e os modos de tutelá-los; e, por fim, os limites, as possibilidades e as ferramentas à disposição dos partidos políticos para tutelarem direitos transindividuais judicialmente, notadamente por meio da modalidade coletiva do mandado de segurança coletivo (garantia constitucional destinada a amparar direitos líquidos e certos violados, ou sob ameaça de sê-lo, por autoridade pública).

**Palavras - chave:** Partido político. Legitimação. Direitos e interesses transindividuais. Tutela coletiva. Mandado de segurança coletivo.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1 PARTIDOS POLÍTICOS E WELFARISMO BRASILEIRO.....</b>	<b>12</b>
1.1 Definindo política: epistemologia e crítica .....	12
1.2 Origem e história dos partidos políticos .....	20
1.3 Dos mandatos dos partidos políticos e da democracia “semi-direta” .....	26
<b>2 A TUTELA JURISDICIONAL DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS NO BRASIL .....</b>	<b>32</b>
2.1 O advento de um microsistema de tutela coletiva.....	32
2.2 Categorias de direitos e interesses transindividuais.....	39
2.3 Direito processual coletivo e ativismo judicial .....	46
<b>3 LEGITIMAÇÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS PARA IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO .....</b>	<b>51</b>
3.1 Origens do mandado de segurança coletivo .....	51
3.2 Relação do mandado de segurança coletivo com o microsistema de tutela coletiva brasileiro.....	55
3.3 Legitimação dos partidos políticos para impetração do mandado de segurança coletivo com o advento da Lei n°. 12.016/09 (Nova Lei de Mandado de Segurança). 61	
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>66</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>69</b>

## INTRODUÇÃO

A evolução da tutela jurisdicional coletiva no século XX, não raras vezes, foi capitaneada pela adaptação dos postulados do processo civil clássico aos institutos processuais de sua lavra. Ocorre que o processo civil comum foi constituído em um contexto liberal de direitos, que culminou com um sistema processual eminentemente individualístico.

Por um longo período o mandado de segurança individual foi regulado pela Lei nº. 1.533 de 31 de dezembro de 1951. Nesta Lei não havia qualquer menção à aplicabilidade do meio para jurisdição coletiva. Contudo, desde o ano de 1988, a Carta Política brasileira reconheceu expressamente o mandado de segurança na modalidade coletiva (art. 5º, LXX), prevendo, inclusive, a legitimação para impetração em favor de partidos políticos com representação no Congresso Nacional, sem, no entanto, regular a matéria.

Somente em 07 de agosto de 2009 foi promulgada uma nova lei sobre mandado de segurança (Lei 12.016/09), regulando por inteiro a matéria, e fazendo menção expressa às duas modalidades de segurança (individual e coletiva).

Precisamente, o artigo 21 da nova lei, dispõe que, na modalidade coletiva, o instrumento pode ser “impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária”, introduzindo logo em seguida, em seu parágrafo único, os conceitos de direito coletivo (em sentido estrito) e individuais homogêneos, desenvolvidos pela teoria da ação civil e do direito do consumidor, compreendidos, respectivamente, na Lei nº. 7.347/85, turbinada pelo artigo 81 da Lei nº. 8.078/90.

Desde o advento da tutela jurisdicional coletiva no Brasil que o problema da representação processual, respeito ao contraditório e alcance da sentença têm sido discutidos e são temas sempre recorrentes pois, no processo coletivo, um substituto processual fala em nome de outros que não participaram diretamente do processo, que não exerceram, portanto, o contraditório, mas que estarão sujeitos aos efeitos da sentença.

Tais discussões, além de tantas outras, surgem também no contexto de impetração do mandado de segurança coletivo. Aliás, esse remédio vinha sendo utilizado sem regulação específica pelos partidos políticos, conforme se perscruta nesta investigação.

Assomando-se a isso, de acordo com a Lei nº. 7.347/85 as associações, de modo bem abrangente, já podiam propor a Ação Civil Pública, cuja eficácia contém os efeitos do

mandado de segurança coletivo, com um espectro muito mais abrangente, razão pela qual almeja-se investigar: os partidos políticos são classificados como associações para efeito de incidência da LACP (Lei da Ação Civil Pública)? Em sendo positiva a resposta, o que muda com o advento do artigo 21 da nova lei de mandado de segurança, especialmente em relação aos efeitos da sentença? Em outras palavras, investigar-se-á qual a eficácia jurídica da legitimação do partido político para impetração de mandado de segurança coletivo se se averiguar que o mesmo já se encontrava incluído entre os legitimados da LACP.

Outra questão pede resposta: o requisito constitucional “com representação no Congresso Nacional” guarda relação com os efeitos transcendentais da sentença oriunda de mandado de segurança impetrado por partido político?

Agrava a situação apresentada se for considerado que, com a nova redação do artigo 16 da LACP, atribuída pela Lei 9.494 de 10 de setembro de 1997, os efeitos da sentença passaram a observar os limites da competência do órgão prolator, ao passo que a nova lei de mandado de segurança silencia sobre o assunto.

Destarte, a problemática pode evoluir para a seguinte bifurcação: o mandado de segurança coletivo impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional possui eficácia em todo território nacional, constituindo instrumento mais poderoso que o regulado pela LACP. Ou: a ação civil pública contém a eficácia do mandado de segurança coletivo em relação aos partidos políticos, e, neste caso, pouca ou nenhuma utilidade detém o artigo 21 da nova lei.

Diante da edição da nova lei para regulamentar o instituto do mandado de segurança, faz-se mister que se o analise com mais profundidade, posto que este é o momento em que se busca sua sedimentação no ordenamento jurídico brasileiro e tendo-se em vista, ainda, que os atuais conceitos sobre mandado de segurança coletivo foram elaborados a partir de um trabalho conjunto da doutrina e jurisprudência, e que a nova lei buscou sedimentar estas construções permanecendo omissa em alguns pontos.

Um dos pontos distintivos do mandado de segurança coletivo diz respeito à legitimidade. Também quanto a isso, há grande discussão na doutrina e jurisprudência quanto à amplitude da legitimidade dos partidos políticos para impetrar mandado de segurança coletivo. Em síntese, a legitimação em estudo concorre em muitos casos com a legitimação atribuída pela LACP, cabendo ao partido político identificar o direito líquido e certo no caso concreto para impetrar o instrumento mais eficiente.

Por isso se torna evidente a importância desse trabalho, pois visa trazer à comunidade acadêmica e aos aplicadores do direito as principais características desse

instituto, fomentar algumas discussões sobre os pontos controvertidos, bem como contribuir com proposições e ideias para solucionar essas questões. Além de aprofundar a discussão sobre a legitimidade ativa dos partidos políticos para impetrar mandado de segurança coletivo, sua amplitude e extensão, tendo em vista o Estado Democrático de direito e a defesa dos direitos fundamentais.

O estudo aqui desenvolvido é de cunho dogmático-instrumental, no sentido de que tema, problema e soluções são extraídos do ordenamento jurídico nacional. O método de abordagem empregado, a seu turno, é o dedutivo, uma vez que se inicia a averiguação através de princípios, conceitos e teorias gerais para aplicá-los ao caso específico. Quanto ao método de procedimento, utiliza-se o interpretativo, com fins de identificar o significado e alcance da legitimação dos partidos políticos para impetração do mandado de segurança coletivo. No tocante às técnicas de pesquisa, parte-se de uma busca bibliográfica em livros, artigos, periódicos e *sites* especializados, a fim de expor diversos entendimentos doutrinários. Da mesma forma, observa-se tanto a legislação referente ao tema, quanto as decisões dos Tribunais Superiores do Brasil.

Por fim, há de se trazer que a presente monografia divide-se em três partes, sendo eles dispostos da seguinte forma: (1) em um primeiro momento, busca-se analisar os partidos políticos e sua importância para a sociedade, visando compreender a razão pela qual se lhe atribui legitimidade para a tutela de direitos coletivos; (2) em seguida, investiga-se o surgimento desse universo de processo coletivo no Brasil, procurando entender suas causas, origem e reflexos para a sociedade; (3) por fim, aborda-se com especificidade a relação dos partidos políticos com a tutela dos direitos coletivos, notadamente no cerne das ações mandamentais em contraponto com a utilização do ação civil pública.

# 1 PARTIDOS POLÍTICOS E *WELFARISMO* BRASILEIRO

## 1.1 Definindo política e poder: epistemologia e crítica

Para que se possa compreender o que são e para que servem os partidos políticos, torna-se necessária a compreensão preliminar da atividade que lhes fornece a razão de existência: a política. O conceito corrente de política, aquele encontrado nos dicionários de língua portuguesa, traduz o termo em referência como:

1 arte ou ciência da organização, direção ou administração de nações, Estados. 2 Conjunto de princípios ou opiniões referentes ao Estado, ao poder. 3 Prática ou profissão de conduzir negócios políticos. 4 Modo de agir e uma pessoa ou entidade. 5 Habilidade de agir e no tratar, tendo em vista a obtenção de algo. 6 Astúcia, diplomacia<sup>1</sup>.

Partindo daí, já se pode observar que a palavra política é plurissignificativa, razão pela qual prescinde delimitá-la. Para os fins buscados nesta pesquisa, os conceitos albergados nos itens 4 a 6, supra transcritos, não servirão de parâmetro, eis que apresentam noções vagas e demasiadamente amplas. Em relação ao item 5, cumpre destacar que Max Weber também percebeu que se trata de conceito extraordinariamente amplo que abrange todas as espécies de atividade diretiva e autônoma<sup>2</sup>.

Percebe-se, com grande nitidez, a tendência de vincular o termo “política” à noção de Estado ou a fenômenos que o envolvem. De fato, é possível observar que a simples menção à palavra já induz automaticamente o destinatário a pensar em outros termos que se relacionam intimamente com o estudo da estrutura ou elementos do Estado, tais como governo, poder, autoridade, leis etc.

Essa vinculação natural dos dias atuais deve-se ao significado originário da palavra em estudo, pois os próprios gregos antigos, criadores da expressão, utilizavam termos como “*politikós*” ou “*politiké*” sempre que desejavam referir-se às coisas relativas à “*polis*”, cidade-estado daquele povo<sup>3</sup>.

Norberto Bobbio explana que essa cognição hodierna é fruto de uma transmutação ocorrida ao longo da história, pois, para os clássicos, encabeçados por Aristóteles, o termo política era usualmente empregado sempre que se referia às formas de conhecimento, à

<sup>1</sup> **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, p. 579.

<sup>2</sup> WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. São Paulo: Cultrix, 1972, p. 56.

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia e as lições dos clássicos. Org. por Michelangelo Bovero. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p.159.

ciência ou ao estudo das coisas relativas à *polis*. Em outras palavras, representava o conhecimento acerca de um fenômeno e não o fenômeno em si<sup>4</sup>.

Julien Freund, expondo o pensamento da sociologia de Weber, observa que política não se resume ao Estado, sendo mesmo uma atividade geral do homem, antecedente a esta forma de organização social, e que pressupõe a existência de poderio e domínio, aquele definido como “a oportunidade de um indivíduo de fazer triunfar no seio de uma relação social a sua própria vontade contra resistências, e o domínio como a oportunidade de aí encontrar pessoas dispostas a obedecer à ordem que lhes é dada”. Para o autor, o mando é um fator de organização do agrupamento e que torna possível a manutenção da atividade política. No mesmo raciocínio, explica que:

Pode-se, pois, definir a política como a atividade que reivindica para a autoridade instalada em um território o direito de domínio, com a possibilidade de usar em caso de necessidade a força ou a violência, quer para manter a ordem interna e as oportunidades que dela decorrem, quer para defender a comunidade contra ameaças externas.<sup>5</sup>

Como se observa, para Weber “político” não é sinônimo de “Estado” nem de “estatal”. De fato, Estado e política não são sinônimos. Contudo, atualmente, o Estado é a realidade mais factível na qual se pode estudar e compreender o fenômeno da política, inclusive por que o conceito daquele pressupõe a noção desta, e também porque os elementos de ambos se confundem. Ademais, ainda que existam outros contextos de desenvolvimento da política, o foco da presente pesquisa cinge-se em estudá-la na seara estatal.

Interessante é o pensamento acerca da noção de política exprimido por Carl Schmitt, em sua obra “O conceito do político”. Por meio deste, o teórico estabelece que a compreensão de político pode ser alcançada através da intelecção da relação amigo-inimigo, critério autônomo que não se confunde com o bom e o mau, o benéfico e o maléfico ou o belo e o feio, vale dizer, o amigo não é necessariamente o bom, o belo ou o benéfico e o inimigo o mau, o feio ou o maléfico. Em sua concepção, a atividade política consiste em agregar os amigos e repelir os inimigos, sendo, portanto, uma atividade que se relaciona com os fenômenos de agrupamento e desagrupamento, segundo a ocorrência ou potencialidade de ocorrência de um conflito tamanhamente intenso que o justifique<sup>6</sup>.

A partir da obra de Carl Schmitt, é possível constatar que conflitos existem em

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto, op. cit., nota 3, p. 159.

<sup>5</sup> FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. 5. ed. Tradução de Luis Cláudio de Castro e Costa. Rio de Janeiro: Forense Universitária: 2003, p. 161.

<sup>6</sup> SCHMITT, Carl, *apud* BOBBIO, Norberto, op. cit., nota. 3, p. 167-167.

todos os setores da sociedade (econômico, religioso, cultural etc.). Contudo, há alguns que, pela sua intensidade, somente poderão ser resolvidos pelos próprios envolvidos, os quais deverão decidir se a forma de ser diferente do estranho representa, no caso concreto, perigo ou negação à sua própria forma existencial, devendo ser rechaçada. Política, portanto, seria o combate ao inimigo pelos amigos unidos. Importa sublinhar que, sob a perspectiva política em análise, a pluralidade é vista como um fenômeno nocivo pois dá ensejo à existência de conflitos a partir do momento em que surgem novos “estranhos”, os quais deverão ser igualmente combatidos<sup>7</sup>.

Bobbio, percebendo que o próprio Schmitt identifica a guerra (interna ou externa) como manifestação visível da inimizade, explica que a relação amigo-inimigo se diferencia de todos os demais conflitos justamente pela possibilidade e necessidade de utilização da força física para ser resolvido. O autor obtempera que poder político é “(...) aquele poder ao qual se apela para solucionar os conflitos cuja não-solução teria como efeito a desagregação do Estado ou da ordem internacional [...]”<sup>8</sup>.

Observa-se que o referido filósofo, logo após identificar o uso da força como elemento central da política, constata que perdem vigor as tradicionais tentativas de defini-la segundo os objetivos buscados. Nesse sentido, explica que não existem fins eternamente perseguidos por determinado grupo, e, tampouco, um que possa compreender todos os demais, sendo certo que os fins da política correspondem às metas que o grupo social almeja alcançar, segundo os aspectos temporais e circunstanciais. Com prudência, destaca que a remoção do juízo teleológico não impede que se possa falar, com correção, pelo menos de um fim mínimo da política: “a ordem pública nas relações internas e a defesa da integridade nacional nas relações de um Estado com os outros Estados”<sup>9</sup>.

O autor em referência destaca a existência de teorias tradicionais que indicam como fim da política a realização do bem público, daí porque adverte que, mesmo neste caso, se se quiser atribuir um conteúdo palpável à noção de bem público, outro não será, além de convivência ordenada, não havendo como fugir da ideia de que o fim da política é a ordem social.

---

<sup>7</sup> É importante esclarecer que a tese de política decisionista de Schmitt (em que há hegemonia absoluta do Poder Executivo) sobreposta ao direito e contrária ao liberalismo mostra-se anacrônica e discrepante da realidade atual brasileira, onde se vive um Estado democrático de direito, embebido num crescente movimento constitucionalista, no qual se defende o pluralismo político e o reconhecimento efetivo do Judiciário como um Poder do Estado, agindo, inclusive no controle e defesa das normas da Constituição. Diga-se, ainda, que qualificá-la como anacrônica não significa morta em todos os seus termos, mas que não encontra aplicabilidade imediata nos moldes em que foi pensada, para a sociedade do Brasil.

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto, op. cit., nota 3, p. 171.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 167.

Mostra-se oportuno observar, com o aporte de Darcy Azambuja, em palavras que ora parecem se aproximar, ora se afastar daquelas escritas por Bobbio, que o fim do Estado (e aqui, pelos motivos acima expostos, entendeu-se como sendo também da política) é, invariavelmente, o bem comum, de modo que o que varia sem cessar são os meios empregados para atingi-lo, ou seja, sua competência<sup>10</sup>.

Desenvolvendo seu raciocínio, Azambuja explica que bem público consiste na soma de dois fatores fundamentais: segurança e progresso, onde a segurança parece ter idêntica correspondência àquela finalidade definida por Bobbio (ordem interna e externa), parecendo ultrapassar-lhe o conceito, no entanto, a partir do momento em que defende um segundo fator, qual seja, o progresso. Para o autor, a finalidade do Estado não se resume somente em garantir a ordem (segurança), mas deve, também, propiciar as condições necessárias para que a sociedade alcance a prosperidade material e moral, podendo, para tanto, adotar ou uma postura abstencionista (como foi feito pelos franceses, naquilo que se chamou de *laisse faire*); ou socialista (como se pretendeu em inúmeras experiências de Estado interventor), ou, ainda, eclética, mesclando as noções anteriormente elencadas<sup>11</sup>.

Não se conseguiria aqui a façanha de esgotar o conteúdo de política, ainda que a pesquisa o tivesse como objeto único, todavia, destaca-se que essas noções são imprescindíveis para compreensão de uma sociedade formada por homens que necessariamente são seres diferentes um do outro e, como bem descreveu Hannah Arendt: a política trata da convivência entre distintos, unidos para certas coisas em comum a partir do caos absoluto das diferenças, ou essenciais para que não se o atinja<sup>12</sup>.

Reinaldo Dias amplia o alcance à temática em exame, quando afirma que

Neste século XXI que está apenas começando, a política se insere em todos os aspectos da vida humana. O terrorismo, o aquecimento global, a diminuição da biodiversidade, a inserção social de imigrantes, a melhoria da qualidade de vida dos idosos, o aumento da inclusão social, entre tantos outros problemas, antes de serem ambientais, sociais ou culturais são essencialmente políticos, pois dependem de decisões tomadas no âmbito dos Estados, ou em fóruns internacionais em que estes continuam a ter total relevância e influência<sup>13</sup>.

Conforme se percebe, a política é um fenômeno social que envolve necessariamente a noção de poder, tanto que Max Weber afirmou que “por política,

<sup>10</sup> AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à ciência política**. 17. ed. São Paulo: Globo, 2005, p. 114-115.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 120-122.

<sup>12</sup> ARENDT, Hannah. **O que é política?** 3. ed. Tradução de Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 7.

<sup>13</sup> DIAS, Reinaldo. **Ciência política**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 7.

entenderemos, conseqüentemente, o conjunto de esforços feitos para participar do poder ou a influenciar a divisão do poder, seja entre Estados, seja no interior de um único Estado”<sup>14</sup>.

No mesmo sentido, Reinaldo Dias, após colacionar entendimentos convergentes de doutrinadores como Talcott Parsons, Hermann Heller, Bernard Crick, conclui que a política “(...) inclui diferentes significados, mas todos de algum modo relacionados com posse, manutenção ou distribuição do poder”<sup>15</sup>. Em verdade, a existência do poder antecede a política, chegando Darcy Azambuja a identificar como trinômio indestrutível de qualquer grupo humano: “homem, sociedade e poder”<sup>16</sup>.

Entendendo-se o poder de forma ampla e abstrata como sendo a capacidade ou possibilidade de atingir resultados desejados, mostra-se oportuno invocar novamente as lições da célebre doutrina italiana<sup>17</sup>. Ao discorrer sobre a moderna tipologia das formas de poder, Bobbio adota como parâmetro de estudo os meios empregados pelo sujeito dominador para controlar os comportamentos do sujeito controlado, aduzindo que são três: o poder econômico, o poder ideológico e o poder político. O primeiro decorre da posse de bens necessários, tais como os meios de produção, que tornam possível ao detentor o condicionamento das ações de sujeitos que se encontram em estado de penúria; o segundo fundamenta-se na influência que determinada ideia, emitida por um sujeito com certa autoridade, pode exercer sobre ou outros em dada ocasião; por fim, o poder político funda-se na detenção dos instrumentos pelos quais se exerce a força física, a coação. Em suas palavras:

Enquanto poder cujo meio específico é a força – entenda-se, como veremos adiante, o uso exclusivo da força -, que é o meio desde sempre mais eficaz para condicionar os comportamentos, o poder político é em qualquer sociedade de desiguais o poder supremo, isto é, o poder ao qual todos os outros estão de algum modo subordinados: o poder coativo de fato é aquele ao qual recorre qualquer grupo social (a classe dominante de qualquer grupo social), em última instância, ou como *extrema ratio*, para se defender dos ataques externos ou para impedir, com a desagregação do grupo, a própria eliminação<sup>18</sup>.

A atividade política, como é de se pressupor, não se resume ao uso da força, e muito menos qualquer uso da força retrata um ato político. Mesmo nas palavras de Bobbio, é possível perceber que há uma nítida ressalva que se exprime quando ele utiliza a expressão “uso exclusivo da força”. Com efeito, acredita-se que essa exclusividade coincide com o que se pode chamar de legitimidade do poder político. Por esclarecedora, mostra-se oportuna a

<sup>14</sup> WEBER, Max, op. cit., nota 2, p. 56.

<sup>15</sup> DIAS, Reinaldo, op. cit., nota 13, p. 5.

<sup>16</sup> AZAMBUJA, Darcy, op. cit., nota 10, p. 48.

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto, op. cit., nota 3, p.160-164.

<sup>18</sup> Ibidem, p.163.

transcrição das lições de Reinaldo Dias:

Nos primeiros agrupamentos humanos, a força provavelmente era o único componente do poder. Mesmo na Antiguidade e na Idade Média era fundamental para o exercício do poder. Com o advento do capitalismo foram surgindo outros componentes que passaram a equilibrar o poder manifesto pela força, muito embora ainda permaneça sendo um dos mais importantes componentes do poder. É difícil imaginar um Estado sem forças armadas ainda nos dias atuais<sup>19</sup>.

Logo após, o mencionado cientista político explica que a incorporação de conteúdo moral e ou jurídico faz surgir a autoridade, elemento que legitima o uso da força, qualificando o poder. Aliás, Duverger, citado por Azambuja obtempera com incrível precisão que “o que os homens pensam do poder é um dos elementos fundamentais do poder”<sup>20</sup>.

Weber<sup>21</sup> admite como sendo três os fundamentos de legitimidade do poder: o domínio tradicional, domínio legal e domínio carismático. Por primeiro, convém registrar - como o fez o próprio Weber- que, embora distintos e preponderantes em períodos históricos diversos, esses tipos raramente são encontrados em sua forma pura, mas, ao contrário, na maioria das vezes fundem-se, dando origem a combinações complexas.

Aqui resumindo-os em breves linhas, poder-se-ia compreender que o domínio tradicional é aquele que se fundamenta na incorporação do hábito de respeitar o detentor do poder, ou, em outras palavras, de obedecê-lo por aceitar a tradição vivida. Adaptando esse fenômeno à realidade brasileira, pode-se citar como exemplo a estrutura política desenhada no período da República Antiga (1889-1930), onde os coronéis sobrepunham sua vontade à das populações locais, controlando a política das municipalidades, e mesmo do país.

Carismático é o domínio em que o poder conforta-se legitimado por atributos especiais do seu detentor, por características que fazem dele um excepcional e o colocam na posição de chefe. São os heróis, os profetas, os desbravadores, os demagogos, que atraem para si a confiança e o respeito dos demais. Exemplos recentes são os governos populistas havidos em nosso país, como Getúlio Vargas e Luis Inácio Lula da Silva.

O domínio legal demonstra a evolução do exercício do poder, pois nele, existe uma ordem legal oriunda de normas gerais e abstratas, elaboradas por meio de um procedimento racional que justifica a obediência dos subordinados. Obedece-se ao direito que institui os núcleos da atividade política – como os órgãos públicos – e os dota de competência para agir. Por esse esboço de conceito, então, pode-se identificar o domínio legal com o

<sup>19</sup> DIAS, Reinaldo, op. cit., nota 13, p. 33.

<sup>20</sup> DUVERGER, Maurice *apud* AZAMBUJA, Darcy, op. cit., nota 10, p.49.

<sup>21</sup> WEBER, Max, op. cit., nota 2, p. 56-57.

modelo burocrático corrente na maioria das sociedades hodiernas. No Brasil, é a via de regra.

Responsável pelo desenvolvimento da concepção jurídica de Constituição (Constituição como norma jurídica pura), juntamente com Konrad Hesse<sup>22</sup>, Hans Kelsen sustentou arduamente a noção de poder vinculado a uma ordem legal, conforme se observa no excerto adiante transcrito:

[...] O poder do Estado ao qual o povo está sujeito nada mais é do que a validade e a eficácia da ordem jurídica, de cuja unidade resultam a unidade do território e a do povo. O “poder” do estado deve ser a validade e a eficácia da ordem jurídica nacional, caso a soberania deva ser considerada qualidade desse poder. Porque a soberania só pode ser a qualidade de uma ordem normativa na condição de autoridade que é a fonte de obrigações e direitos [...]<sup>23</sup>.

Em verdade, a ideia de domínio legal se mostra hoje como uma realidade inafastável das sociedades que reconhecem os direitos dos homens como fundamento de existência e validade do Estado, sobretudo quando se observa que, por mais dissolvido que esteja entre os grupos da comunidade, apenas uma minoria dos sujeitos está “intimamente relacionado com o poder”, pelo que Azambuja identifica uma classe política, a qual “[...] compõe-se dos indivíduos e grupos que fazem política, ou no poder, para exercê-lo, ou fora dele, para conquistá-lo”<sup>24</sup>.

Com isso, pretende-se afirmar que se o poder é exercido apenas por parcela dos sujeitos, mas deve se destinar à concretização e realização do bem de todos, prescinde ser limitado, evitando-se a confusão do interesse privado dos governantes com o interesse público da sociedade. É justamente em razão dessa necessidade de limitação que, nos dias atuais, as Cartas Políticas, ou Constituições, ganham lugar de destaque nas sociedades modernas.

Em verdade, se se considerar Constituição sob aspecto material ou substancial (ou seja, formada de normas cujo conteúdo se mostre essencial à estruturação do Estado, à regulação do exercício do poder e ao reconhecimento de direitos fundamentais aos indivíduos), pode-se afirmar que nunca existiu Estado sem constituição, eis que “[...] toda sociedade politicamente organizada possui uma estrutura mínima, um conjunto de regras fundamentais relativas à sua estrutura e organização que poderíamos chamar de constituição desse Estado”<sup>25</sup>. Ocorre, contudo, que:

<sup>22</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 35.

<sup>23</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do direito e do estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 364-365.

<sup>24</sup> AZAMBUJA, Darcy, op. cit., nota 10, p. 324.

<sup>25</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 10.

Inspirado nos princípios liberais, nos ideais de uma sociedade política fundada no contrato social (Locke e Rousseau), numa ordem jurídica inspirada na razão humana (Iluminismo) e nos postulados da liberdade, igualdade e fraternidade, o movimento do constitucionalismo trouxe este novo formato de Constituição (um documento escrito e rígido, que estrutura o Estado e limita o seu poder através do princípio da separação dos poderes e da previsão de direitos fundamentais), fazendo surgir o chamado Estado Liberal, Estado de Direito ou Estado Constitucional<sup>26</sup>.

É nesse sentido que a evolução do movimento conhecido como constitucionalismo reflete bem a busca contínua e renovável do povo para limitar o poder político e, mais que isso, orientá-lo para que sejam supridas as necessidades mais imediatas dos governados em determinada época. Em razão dessa ideia de evolução é que se consegue compreender a dinâmica do direito e das constituições, posto que aquilo que a sociedade buscava conseguir numa primeira experiência do Constitucionalismo não é igual ao objeto hodiernamente perseguido, sendo certo que aquilo que a sociedade esperava de um bom político no século passado não coincide com as pretensões atuais.

Sem querer exaurir o tema, mas apenas traçar contornos necessários, aponte-se para as quatro fases do constitucionalismo, segundo Marcelo Novelino<sup>27</sup>: a) Constitucionalismo antigo, que vai da Antiguidade Clássica ao séc. XVIII, marcado pela ausência de constituições escritas, pela forte influência da religião e pela supremacia do monarca ou do Parlamento; b) liberal, do fim do séc. XVIII à primeira Guerra mundial, representa o marco histórico no qual surgem as primeiras Constituições escritas (às quais passou-se a atribuir rigidez e supremacia frente a outras leis) e onde surge a primeira institucionalização coerente do Estado de Direito. Período marcado, também, pelo surgimento da ideia de direitos fundamentais dos homens, tendo sido a liberdade erigida a esse patamar (direito fundamental de primeira geração), o que importou na construção ideológica do Estado econômica e politicamente liberal; c) moderno, tendo se estendido da Primeira, à Segunda Guerra Mundial, a ideologia defendida durante esse período foi influenciada pelas conseqüências do pós guerra, pelo que se tornou necessária a superação de um modelo de Estado abstencionista para um Estado interventor, garantidor das condições de sobrevivência dos sujeitos por meio da proteção de direitos sociais ou prestacionais, políticos, econômicos e culturais, os quais visavam o valor fundamental igualdade (direito fundamental de segunda geração); d) contemporâneo ou Neoconstitucionalismo, iniciado com o pós segunda guerra, sedimentou-se sobre a dignidade da pessoa humana como valor fundamental, e materializou a

---

<sup>26</sup> HOLTHER, Leo Van. **Direito constitucional**. 5.ed. Bahia: Jus Podivm, 2009, p. 27.

<sup>27</sup> Aula ministrada em 24 de abril de 2011 e transmitida via satélite para alunos da rede LFG de Ensino.

força normativa das Constituições, a expansão da jurisdição constitucional e a construção de um novo modelo de interpretação de normas constitucionais. Nessa última fase surgem os direitos fundamentais de terceira geração (fraternidade ou solidariedade), quarta geração (direito à democracia, à informação e à pluralidade) e quinta geração de direitos fundamentais (direito à paz)<sup>28</sup>.

O professor Luis Roberto Barroso<sup>29</sup>, ao tratar do tema, explicou que o casamento do constitucionalismo com a democracia fez surgir uma nova forma de organização política, que comumente responde por nomes como: “[...] Estado democrático de direito, Estado Constitucional de direito, Estado constitucional democrático”. Com lucidez, o autor aproxima o tema abordado da realidade brasileira citando como marco histórico o advento da Constituição de 1988, a qual teria sido responsável por promover a transição de um sistema autoritário anterior para o Estado democrático hodierno:

Mais que isso: a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. E não foram tempos banais. Ao longo da sua vigência, destituiu-se por impeachment um Presidente da República, houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados, foram afastados Senadores importantes no esquema de poder da República, foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores, surgiram denúncias estridentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares, em meio a outros episódios. Em nenhum desses eventos houve a cogitação de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Nessa matéria, percorremos em pouco tempo todos os ciclos do atraso<sup>30</sup>.

Crendo destacada e compreendida a importância da política para qualquer sociedade organizada, e, bem assim, a imprescindibilidade limitação do poder, esclareça-se que, na forma atual do Estado brasileiro, a atividade política desenvolve-se necessariamente por meio de agrupamentos chamados partidos políticos, doravante estudados.

## 1.2 Origem e história dos partidos políticos

No atual contexto social, os partidos políticos se mostram como verdadeiros

<sup>28</sup> Convém registrar que as gerações dos direitos fundamentais não se excluem umas às outras, mas, ao contrário disso, se somam, erigindo sempre a um patamar superior o direito. Dito de outro modo, os direitos consagrados na quarta geração de direitos fundamentais não negam a vigência dos direitos de terceira que também não afastam a defesa dos de segunda... ao contrário disso, ocorre um acúmulo de seus conteúdos.

<sup>29</sup> BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 23 abr. 2011.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

elementos de organização dos setores sociais, necessários para ordenar a investidura e o exercício do poder político. Contudo, nem sempre foi assim. Aliás, durante muito tempo os partidos sofreram críticas mordazes (sobretudo dos defensores do modelo de Estado Liberal) e foram simplesmente omitidos de textos legislativos, mostrando-se como uma realidade sociológica viva, mas à margem de um disciplinamento jurídico.

Antes que se inicie qualquer discussão acerca de partidos políticos, é necessário compreender o que são. Entre os conceitos formulados por publicistas dos séculos XVIII e XIX, podem-se destacar os de Edmund Burke, para quem partido político é “um corpo de pessoas unidas para promover, mediante esforço conjunto, o interesse nacional, com base em algum princípio especial, ao redor do qual todos se acham de acordo”<sup>31</sup>, Kelsen: “Os partidos políticos são organizações que congregam homens da mesma opinião para afiançar-lhes verdadeira influência na realização dos negócios públicos”<sup>32</sup>, e Hasbach que entende partido político como uma “reunião de pessoas, com as mesmas convicções e os mesmos propósitos políticos, e que intentam apoderar-se do poder estatal para fins de atendimento de suas reivindicações”<sup>33</sup>.

Paulo Bonavides reconhece determinados elementos indispensáveis ao conceito perseguido, quais sejam: a existência de um grupo social, princípio de organização; ideias ou princípios que norteiam a ação desse grupo; intenção de tomar o poder e, uma vez alcançado, a intenção de conservá-lo. Com base nisso, conceitua: partido político é “[...] uma organização de pessoas que inspiradas por ideias ou movidas por interesses, buscam tomar o poder, normalmente pelo emprego de meios legais, e nele conservar-se para realização dos fins propugnados”<sup>34</sup>.

Giovani Sartori, citado em Reinaldo Dias<sup>35</sup>, utiliza três premissas para descrever os partidos políticos: a) partidos são diferentes de facções; b) são partes de um todo; c) são canais de expressão. Ao diferenciar partidos políticos de facções, evidencia-se que estas assumem a forma desvirtuada daqueles, pois, diferente deles, não são necessárias e não servem aos interesses da coletividade, mas surgem por aspirações pessoais e egoísticas. Identificá-los como partes é reconhecer um todo, que é a comunidade política resultante das interações existentes entre as partes. Deste modo, enquanto componente do todo, em nome dele governará o partido, adotando uma abordagem não parcial. Por fim, se diz que

<sup>31</sup> BURKE, Edmund *apud* BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 370.

<sup>32</sup> KELSEN, Hans *apud* BONAVIDES, Paulo, op. cit., nota 31, p. 371.

<sup>33</sup> HASBACH, W. *apud* BONAVIDES, Paulo, op. cit., nota 31, p. 371.

<sup>34</sup> BONAVIDES, Paulo. op. cit., nota 31, p. 372.

<sup>35</sup> SARTORI, Giovanni *apud* DIAS, Reinaldo, op. cit., nota. 13, p. 178-179.

representam canais de expressão porque fazer conhecer a vontade do povo é sua razão de existir. Organizam os desejos individuais em um bloco coeso, e se propõe a atendê-los, respaldando, com isso, certa pressão sobre o governo.

Dentre as possíveis classificações de partidos políticos, convém mencionar as preconizadas por Hume<sup>36</sup>, Weber<sup>37</sup>, Burdeau<sup>38</sup> e Nawiasky<sup>39</sup>. O primeiro deles divide os partidos em *partidos de pessoas* (agrupamentos motivado por sentimentos de amizade ou inimizade que deságuam no combate político contra outros grupos) e *partidos reais* (que se fundam na diferença real de interesses). Max Weber, a seu turno, prevê duas formas partidárias básicas: *partidos de patronagem*, onde existe a intenção de alcançar posições de mando para auferir vantagens pessoais para os seus integrantes e para seus próximos, e *partidos ideológicos*, que visam o poder para realizar ideais de cunho político. Burdeau vislumbra os *partidos de opinião*, que se caracterizam por admitir pessoas de variadas origens sociais, por aderir à ordem social vigente, por possuir um exíguo poder de pressão sobre seus componentes, e os *partidos de massa*, que marcam o século XX por possibilitar a intervenção de parcelas do povo até então impotentes para interferir na atividade pública, sobretudo, em razão da universalização do sufrágio. Estes partidos normalmente possuem discursos revolucionários, baseados no inconformismo com a ordem vigente e refletem reivindicações (e não opiniões) de grupos (e não de indivíduos ou personalidades). O agrupamento, neste caso, é feito pelo critério da identidade do estado econômico e pela similitude das aspirações. Por fim, Nawiasky entende que os partidos devem ser distinguidos, também, de acordo com o posicionamento que adotam frente à ordem vigente. Neste sentido, há os *partidos de movimento*, que buscam mudanças no sistema institucional posto, e os *partidos de conservação*, caracterizados pela resistência às propostas de alterações institucionais.

Historicamente, se atribui o surgimento dos partidos políticos à tradição da Inglaterra, onde primeiro se pôde verificar a repartição ideológica refletida através dos liberais e conservadores<sup>40</sup>. Paulo Bonavides desenvolve o tema:

Desde cedo se viu, porém o sistema inglês marcado por uma divisão de fundo ideológico, que, segundo Bolinbroke, começa com os “tories”, representando o *landed interest* e os “whigs” representando o *Money interest*; os primeiros adotando uma política conservadora, os segundos se mostrando mais sensíveis às reformas sociais. De qualquer modo a existência de ambos veio exprimir o conflito

<sup>36</sup> HUME, David *apud* BONAVIDES, Paulo, op. cit., nota 31, p. 385-387.

<sup>37</sup> WEBER, Max *apud* BONAVIDES, Paulo, op. cit., nota 31, p. 385-387.

<sup>38</sup> BURDEAU, Georges *apud* BONAVIDES, Paulo, op. cit., nota 31, p. 385-387.

<sup>39</sup> NAVIASKY, Hans *apud* BONAVIDES, Paulo, op. cit., nota 31, p. 385-387.

<sup>40</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 183.

aristocrático-burguês, entre a terra e o capital, o campo e a cidade, o feudo e o burgo, a idade média remanescente e os tempos modernos supervenientes<sup>41</sup>.

O doutrinador prossegue sua explicação aduzindo que, ainda hoje, em nenhum outro país do ocidente vive-se com tamanha intensidade a distinção ideológica enquanto traço característico dos partidos políticos como ocorre na Inglaterra. Destaca que, naquele país, a obediência ideológica, a lealdade partidária, a fidelidade aos programas de governo, o voto do eleitor baseado nas plataformas e programas políticos, antes de imposições, constituem convicções<sup>42</sup>.

Contrapõe-se com veemência o modelo partidário vivenciado pelos ingleses daquele vigente nos Estados Unidos pois neste país, a distinção entre o partido republicano e o dos democratas é marcada muito mais por uma questão de patronagem do que ideológica, segundo a classificação proposta por Weber. Tal distinção, por este motivo, se evidencia nos períodos de campanha eleitoral, mas mostra-se fraca logo após cada pleito<sup>43</sup>.

No Brasil, a realidade partidária se mostrou presente já no período imperial, quando, por volta de 1837 surgiram os partidos liberal, composto pela burguesia urbana e comercial, sem interesses diretos na manutenção da escravidão e do feudo, e conservador, formado pela elite reacionária dos senhores da agricultura e da pecuária. Nesse momento o embate existente entre os partidos listados circunscreve-se à luta pelo poder, não havendo clara defesa de filosofias, chegando Rui Barbosa a falar em um único partido, denominado partido do poder.

Conforme informa Bonavides<sup>44</sup>, o período do pós guerra do Paraguai (1864-1870) foi marcado por crises políticas e sociais que cominaram no enfraquecimento das instituições vigentes - incluindo-se os partidos- e, em contrapartida, no fortalecimento de ideias radicais que cada vez mais apontavam no sentido do Manifesto Republicano. Com o advento da República, todavia, houve um retrocesso no sistema partidário causado pela difusão de uma mentalidade antipartidária e pela regionalização da organização dos partidos, o que propiciou um “surto oligárquico estadual”. Pode-se compreender que essa regionalização se deu em parte pelo próprio sentimento de consolidação de uma ordem federativa e dos anseios de máxima descentralização que traz consigo.

Na década de 1920 uma forte crise econômica se anunciava no cenário mundial, refletindo em conseqüências também na seara política brasileira. O evento auge da crise (a

<sup>41</sup> BONAVIDES, Paulo, op. cit., nota 31, p. 400.

<sup>42</sup> Ibidem, p. 401.

<sup>43</sup> Ibidem, p. 403.

<sup>44</sup> Ibidem, p.408.

quebra da bolsa de Nova Iorque que se deu em 1929) foi determinante para iniciar um processo de ruptura do modelo de governo oligárquico, que até aquele momento, no âmbito federal, era marcado pela política de alternância de lideranças entre São Paulo e Minas Gerais, fenômeno conhecido como “política do café com leite”<sup>45</sup>. Referida ruptura consubstanciou-se a partir de 1930, quando Getúlio Vargas assumiu a Presidência da República e manteve-se no poder durante aproximadamente quinze anos, divididos em três períodos: Governo Provisório (1930-1934), Governo Constitucional (1934-1937), Estado Novo (1937-1945).

Nesse ínterim publicou-se o Código Eleitoral de 1932 e a Constituição Federal de 1934, os quais trouxeram importantes inovações para as disputas políticas, tais como: voto secreto, sufrágio universal, igual e direto, criação da Justiça Eleitoral, representação proporcional, mas silenciaram quanto à nacionalização dos partidos políticos, que se mantiveram como agremiações estaduais. Em verdade, “se essa Constituição fez largos progressos com vistas ao aperfeiçoamento do sistema democrático, incorporando ao texto as inovações do Código Eleitoral de 1932, sua posição em presença do partido político é ainda de inegável reserva e timidez”<sup>46</sup>.

Ocorre que o contexto vivenciado a partir do Estado novo importou em verdadeiro tolhimento da tendência de desenvolvimento dos partidos pois, sob a vigência da Constituição “Polaca” de 1937<sup>47</sup>, adveio o Decreto-lei n. 37 de 1937, que extinguiu a pluralidade partidária. Diferente de outros países, onde normalmente se utilizou o sistema unipartidário como instrumento hábil a sustentar o autoritarismo, na ditadura implantada no Brasil no período em referência não vingou sequer um partido político, ainda que disfarçado pelo governo para patentear a dominação da população.

Com a entrada do Brasil na Segunda Grande Guerra, o Estado Novo passou a representar uma contradição viva, eis que o país se posicionou na luta contra os regimes totalitários mesmo sendo constituído por um. Neste quadro, fortaleceram-se os movimentos pró democratização, os quais exerceram uma forte pressão sobre o governo resultando em medidas como a legalização dos partidos políticos e a marcação de novas eleições gerais para o dia 2 de dezembro de 1945, as quais seriam reguladas pelo Decreto-Lei 7.586/45, conhecido como Lei Agamenon Magalhães<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> BRAICK, Patrícia Ramos. **História**: das cavernas ao terceiro milênio. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2006, p. 140.

<sup>46</sup> BONAVIDES, Paulo, op. cit., nota 31, p. 411.

<sup>47</sup> A Carta Constitucional de 1937 recebeu a alcunha de “Polaca” em razão de ter se inspirado na Constituição da Polônia. Caracteriza-se por ser um texto normativo autoritário, centralizador e de inspiração fascista, tendo trazido para a realidade brasileira uma inegável supressão dos direitos políticos.

<sup>48</sup> História da Justiça Eleitoral. Disponível em: <[http://www.tre-rn.gov.br/nova/inicial/links\\_especiais/centro\\_](http://www.tre-rn.gov.br/nova/inicial/links_especiais/centro_)

Desta feita, o cenário desenhado para a política nacional era outro a partir de 1946 (inclusive pela chancela dada pela Carta Política daquele ano à existência de partidos políticos). Surgiram, então, três grandes partidos: União Democrática Nacional (UDN), Partido Social Democrático (PSD) e Partido Democrático Brasileiro (PDB), juntamente com outros de menor influência, tais como Partido Trabalhista Nacional (PTN), Partido Social Progressista (PSP), entre outros.

Não era esse, contudo, ainda, o momento de perenização da situação jurídica dos partidos políticos, haja vista que o período iniciado com o golpe militar de 1964 seria marcado por retrocessos. A perceber, em 1965 foi instituído o Ato Institucional nº. 2 que extinguiu os partidos existentes e criou duas agremiações que encabeçaram a política até 1979: Aliança Renovadora Nacional (ARENA) e Movimento Democrático Brasileiro (MDB), aquele composto por grupos de direita que deveriam apoiar o governo militar, e este constituindo uma oposição moderada<sup>49</sup>, cabendo a ressalva de que “a cada avanço (ou possibilidade de) avanço do MDB, o regime autoritário mudava as regras do jogo, para manter a maioria parlamentar no Congresso e no Senado”<sup>50</sup>.

Já no governo de Ernesto Geisel, penúltimo presidente do regime ditatorial militar, era latente o sentimento de descontentamento da população, razão pela qual se iniciou um processo de abertura política do país que somente se implementou no governo de João Batista Figueiredo (1979-1985). Dentre as mudanças mais marcantes, destacam-se a extinção do bipartidarismo (e com ele a ARENA e o MDB) e o retorno do pluripartidarismo, tendo surgido, a partir de então inúmeros partidos: Partido Democrático Social (PDS), Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), Partido Trabalhista (PT) etc<sup>51</sup>.

Conforme se percebe, os partidos políticos não chegaram à posição que atualmente ocupam seguindo um processo retilíneo, mas, ao contrário disso, submeteram-se progressos e retrocessos intensos, visíveis, inclusive, pelo tratamento que lhes é dado pela legislação vigente. Com efeito, na atual fase depara-se com uma previsão e disciplinamento amplos (tanto pela Constituição Federal de 1988, quanto pela legislação infraconstitucional, especialmente pela Lei nº. 9.096/1995, a qual regula os artigos 14,§3º e 17 da CF), diferente das modestas alusões feitas pelas Cartas de 1934 e de 1946. Sobre o tema, destaca Paulo Bonavides:

---

de\_memoria/artigos/historia\_justicaeleitoral.htm>. Acesso em: 20 maio 2011.

<sup>49</sup> BRAICK, Patrícia Ramos, op. cit., nota. 45, p. 245.

<sup>50</sup> STRECK, Lenio Luiz, op.cit., nota. 40, p. 187.

<sup>51</sup> BRAICK, Patrícia Ramos, op. cit., nota 45, p. 254-255..

O século da democracia social impôs ao constitucionalismo de nossa época a evidência do fenômeno partidário, que já não poderá ser tratado com indiferença pelos textos, mas há de dominá-los, se efetivamente quisermos descer ao fundo da questão política, para medi-la em termos essencialmente jurídicos, segundo as ideias e interesses que as agremiações partidárias conduzem e exprimem, como órgão por excelência que são da vontade social. Com a constitucionalização dos partidos políticos, levada a cabo pelas Cartas de 1967 e 1988, certos traços e princípios fundamentais passaram a refletir a ideologia de nosso sistema partidário e ao mesmo passo estampar a dimensão jurídica de sua estruturação, rigorosamente de acordo com preceitos constitucionais estabelecidos. Com isso, atestou-se o elevado grau de interesse do legislador constituinte por um tema que o direito constitucional, durante largo espaço de tempo, fingiu de todo ignorar<sup>52</sup>.

Há que se destacar que as transformações recém descritas não se referem apenas à quantidade de partidos no cenário político. De outra forma, retratam um aspecto qualitativo ligado a fatores como o reconhecimento da função dos partidos na conjuntura político-social, a legitimação que detêm para agir, a liberdade que se confere para que sejam criados ou extintos, os limites que se impõe a sua atuação, entre outros vetores que demonstram a profundidade das conquistas democráticas e o nível de representação da população.

### 1.3 Da democracia “semi-direta” e dos mandatos dos partidos políticos

Sem pretender analisar com minudência o tema, pode-se afirmar que um estado democrático é aquele em que o povo toma parte na condução da vida pública. Na democracia o poder pertence ao povo, e por ele deverá ser exercido, quer de maneira direta, quer indireta.

O exercício direto do poder remonta aos Estados gregos, onde os cidadãos se reuniam com certa freqüência para resolver os assuntos tidos como importantes para a sociedade, tais como: atribuir funções estatais, julgar crimes, escolher magistrados, tratar das relações com outros povos. Contudo, conforme acentua Darcy Azambuja:

Várias razões permitiam a forma direta de governo do povo pelo povo nos Estados gregos. Em primeiro lugar, a pequena extensão desses Estados, que eram realmente cidades, o que facilitava a reunião de todos os cidadãos. Em segundo lugar, o número desses cidadãos era pequeno, pois a maior parte da população era escrava ou não tinha direito de voto. Por fim, os assuntos a resolver eram poucos e de caráter geral, como a paz, a guerra, julgamento de certos crimes, sendo assim, acessíveis a todos. Além de que, o cidadão grego, vivendo do trabalho do escravo, tinha todo o tempo disponível para participar das assembléias; sua *profissão* a de cidadão<sup>53</sup>.

Por razões lógicas, é inviável querer-se implantar uma democracia participativa

<sup>52</sup> BONAVIDES, Paulo, op. cit., nota 31, p. 417.

<sup>53</sup> AZAMBUJA, Darcy, op. cit., nota 10, p.217.

nos moldes acima descritos, pois as condições providas pela própria evolução das sociedades não mais permitem tal feito. As comunidades são mais numerosas, a complexidade das relações é infinitamente maior, os homens são escravos do próprio trabalho, entre outras tantas causas. Daí porque, na maioria dos estados modernos a condução da nação é feita por alguns mandatários eleitos pelo povo, incumbidos de representar a vontade popular, visando sempre o bem comum e o desenvolvimento do Estado.

No caso do Brasil, onde há uma forma democrática representativa ou indireta e que concilia instrumentos de participação direta, vige um modelo de democracia semi-direta, a que alude o parágrafo único do art. 1º da Carta Maior do país: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, e o art. 2º da Lei 4.737/65: “Todo poder emana do povo e será exercido, em seu nome, por mandatários escolhidos, direta e secretamente, dentre os candidatos indicados por partidos políticos nacionais, ressalvada a eleição indireta nos casos previstos na Constituição e leis específicas”. Pouco adiante, em seu art. 14, estabelece o texto constitucional que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, além de outras formas diretas de intervenção, como plebiscito, referendo e iniciativa popular.

Ante os termos dos dispositivos acima citados, convém fazer uso das explicações de José Afonso da Silva<sup>54</sup>:

As palavras sufrágio e voto são empregadas comumente como sinônimas. A Constituição, no entanto, dá-lhes sentidos diferentes, especialmente, no seu art. 14, por onde se vê que o sufrágio é universal e o voto é direto e secreto e tem valor igual. A palavra voto é empregada em outros dispositivos, exprimindo a vontade num processo decisório. Escrutínio é outro termo com que se confundem as palavras sufrágio e voto. É que os três se inserem no processo de participação do povo no governo, expressando: um, o direito (sufrágio), outro, o seu exercício (o voto), e o outro, o modo do exercício (escrutínio).

Diretamente proporcional à evolução da sociedade, da democracia e da representação política é a evolução dos partidos políticos pois desempenham uma função conglobante e de organização das ideologias e necessidades exprimidas pelos indivíduos, orientando a atividade política com vistas a alcançar os fins erigidos pelo Estado. No mesmo sentir, a doutrina de Gilmar Ferreira Mendes:

Os partidos políticos são importantes instituições na formação da vontade política. A ação política realiza-se de maneira formal e organizada pela atuação dos partidos

---

<sup>54</sup>SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 349.

políticos. Eles exercem uma função de mediação entre o povo e o Estado no processo de formação da vontade política, especialmente no que concerne ao processo eleitoral. Mas não somente durante essa fase ou período. O processo de formação de vontade política transcende o momento eleitoral e se projeta para além desse período. Enquanto instituições permanentes de participação política, os partidos desempenham função singular na complexa relação entre o Estado e a sociedade. [...] <sup>55</sup>.

Pelo que se disse até aqui, pode-se compreender que existem três formas de organização dos partidos no cenário político de determinada sociedade: sistema monopartidário, bipartidário e multipartidário ou pluripartidário, explicadas por Lenio Streck nos seguintes termos:

[...] tradicionalmente, fala-se em sistemas monopartidários, o que finda por excluir minorias, fundamentalmente através de expurgos daqueles discordantes, produzindo uma oposição conspirativa, posto que a disputa política está impossibilitada; sistemas bipartidários, caracterizando-se pela pouca diferença ideológica e sua ligação ao sistema de voto distrital, não proporcional e majoritário e sistemas pluripartidários, onde aparecem, em razão da multiplicação do número de agremiações, partidos ideológicos e mais representativos de pequenas fatias da sociedade, estando ligado ao sistema eleitoral proporcional e permitindo a constituição de coligações ou coalizões partidárias em razão das afinidades e dos interesses os mais variados <sup>56</sup>.

Importante observar, como bem o fez Bonavides, que o sistema bipartidário não significa que haja apenas dois partidos políticos, mas que apenas dois deles detêm as reais condições de alcançar o poder (em que pese haver um maior número deles concorrendo ao pleito). Afirma, ainda, que, segundo a concepção ocidental, a regra estampada aponta para o pluralismo partidário como ideal à democracia, ao passo que o modelo de partido único é concebido como contrário ao sistema democrático <sup>57</sup>.

De fato, observando-se a legislação posta do Brasil, a própria Constituição de 1988 reserva um capítulo específico para tratar dos partidos políticos, dispondo, já no art. 17, que é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados preceitos como: caráter nacional, proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes,

<sup>55</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.894-895.

<sup>56</sup> STRECK, Lenio Luiz, op.cit., nota 40, p. 186-187.

<sup>57</sup> BONAVIDES, Paulo, op. cit., nota 31, p. 388-396.

prestação de contas à Justiça Eleitoral e funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

Da análise do dispositivo supra referido percebe-se que a Carta Política vigente adotou uma concepção minimalista “[...] permitindo uma ampla liberdade de organização, ou seja, não há um controle quantitativo (embora possível por lei ordinária), mas um controle qualitativo (respeito ao Estado Constitucional/Democrático) e controle financeiro”<sup>58</sup>.

Em seu artigo 14, §3º, III, a Constituição Federal do Brasil transparece a importância reconhecida aos partidos políticos, pois, ao dispor que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, estabelecendo como uma das condições de elegibilidade o alistamento eleitoral<sup>59</sup>, torna lícita a conclusão de que a existência dos partidos afigura-se como requisito para materialização da soberania popular. Em verdade, um raciocínio mais atento revela muito mais do que isso: os mandatos não pertencem unicamente aos candidatos, mas, sim, aos partidos aos quais são filiados.

Esta foi a recente conclusão do Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, seguindo o raciocínio do Ministro Relator Gilmar Mendes, ao apreciar a Medida Cautelar no Mandado de Segurança 29.988 do Distrito Federal<sup>60</sup>. Importa observar que referida conclusão veio a reafirmar o posicionamento já adotado em outros casos pelo próprio STF e, bem assim,

<sup>58</sup> STRECK, Lenio Luiz, op.cit., nota 40, p. 187.

<sup>59</sup> No mesmo sentido, o art. 87 da Lei nº. 4.737/1965 (Código Eleitoral Brasileiro) dispõe que somente podem concorrer às eleições aqueles candidatos previamente registrados em partidos políticos, e o art. 18 da Lei nº. 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos) estabelece que o eleitor, para concorrer a cargo eletivo, deverá estar filiado ao partido respectivo há pelo menos um ano de antecedência à data fixada para as eleições, sejam pelo sistema proporcional ou majoritário.

<sup>60</sup> LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS -Preenchimento de vaga decorrente de renúncia a mandato parlamentar. Partido político. Coligação partidária. Questão constitucional consistente em saber se a vaga decorrente de renúncia a mandato parlamentar deve ser preenchida com base na lista de suplentes pertencentes à coligação partidária ou apenas na ordem de suplentes do próprio partido político ao qual pertencia o parlamentar renunciante. 1- A jurisprudência, tanto do tribunal superior eleitoral (CONSULTA 1.398), como do supremo tribunal federal (MANDADOS DE SEGURANÇA 26.602, 26.603 E 26.604), é firme no sentido de que o mandato parlamentar conquistado no sistema eleitoral proporcional também pertence ao partido político. 2- No que se refere às coligações partidárias, o TSE editou a resolução nº 22.580 (CONSULTA 1.439), a qual dispõe que o mandato pertence ao partido e, em tese, estará sujeito à sua perda o parlamentar que mudar de agremiação partidária, ainda que para legenda integrante da mesma coligação pela qual foi eleito. 3- Aplicados para a solução da controvérsia posta no presente mandado de segurança, esses entendimentos também levam à conclusão de que a vaga deixada em razão de renúncia ao mandato pertence ao partido político, mesmo que tal partido a tenha conquistado num regime eleitoral de coligação partidária. Ocorrida a vacância, o direito de preenchimento da vaga é do partido político detentor do mandato, e não da coligação partidária, já não mais existente como pessoa jurídica. 4- Razões resultantes de um juízo sumário da controvérsia, mas que se apresentam suficientes para a concessão da medida liminar. A urgência da pretensão cautelar é evidente, tendo em vista a proximidade do término da legislatura, no dia 31 de janeiro de 2011. 5- Vencida, neste julgamento da liminar, a tese segundo a qual, de acordo com os artigos 112 e 215 do código eleitoral, a diplomação dos eleitos, que fixa a ordem dos suplentes levando em conta aqueles que são pertencentes à coligação partidária, constitui um ato jurídico perfeito e, a menos que seja desconstituído por decisão da justiça eleitoral, deve ser cumprido tal como inicialmente formatado. 6- Liminar deferida, por maioria de votos. (STF - MC-MS 29.988 - Rel. Min. Gilmar Mendes - DJe 07.06.2011 - p. 18).

pelo Tribunal Superior Eleitoral, como quando respondeu à consulta 1.398 de 2007, feita pelo Partido da Frente Liberal àquela Corte. Como uma espécie de prólogo ao voto que mais tarde firmaria, o Ministro Cesar Asfor Rocha observou:

É da maior relevância assinalar que os Partidos Políticos têm no Brasil, *status* de entidade constitucional (art. 17 da CF), de forma que se pode falar, rememorando a lição de Maurice Duverger (*As Modernas Tecnodemocracias*, tradução de Natanael Caixeiro, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1978), que as modernas democracias de certa forma secundarizam, em benefício dos Partidos Políticos, a participação popular direta; na qualidade de autênticos protagonistas da democracia representativa, não se encontrando, no mundo ocidental, nenhum sistema político que prescindia da sua intermediação, sendo excepcional e mesmo até exótica a candidatura individual a cargo eletivo fora do abrigo de um Partido Político.

A Carta Magna Brasileira estabelece, como condição de elegibilidade do cidadão, dentre outras, a filiação partidária (art. 14, §3º, V), enquanto o art. 17, §1º, assegura aos partidos políticos estabelecer normas de fidelidade e disciplina, o que serve de indicativos suficientes para evidenciar que a democracia representativa, no Brasil, muito se aproxima da partidocracia de que falava o referido doutrinador francês Maurice Duverger (op. cit.)<sup>61</sup>.

Valendo-se de um método de interpretação mais adequado aos reclames hodiernos da efetivação da Justiça porquanto baseado, também, na força normativa dos princípios, o Relator da consulta prossegue:

Ora, não há dúvida nenhuma, quer no plano jurídico, que no plano prático, que o vínculo de um candidato ao Partido pelo qual se registra e disputa uma eleição é o mais forte, se não o único, elemento de sua identidade política, podendo ser afirmado que o candidato não existe fora do Partido Político e nenhuma candidatura é possível fora de uma bandeira partidária.

Por conseguinte, parece-me equivocada e mesmo injurídica a suposição de que o mandato político eletivo pertence ao indivíduo eleito, pois isso equivaleria a dizer que ele, o candidato eleito, se teria tornado senhor e possuidor de uma parcela da soberania popular, não apenas transformando-a em propriedade sua, porém mesmo sobre ela podendo exercer, à moda do exercício de uma prerrogativa privatística, todos os poderes inerentes ao seu domínio, inclusive o de dele dispor<sup>62</sup>.

Urge considerar que, tanto o TSE, na apreciação da consulta 1.398/2007, quanto o STF, ao julgar o MS 29.988-DF, tiveram como *leading case* situações em que se discutiu a relação estabelecida entre o partido e um cargo eletivo ocupado segundo o sistema proporcional. De fato, a percepção de que o mandato pertence ao partido político é mais veemente quando diante do contexto do sistema proporcional, contudo, o raciocínio também se aplica aos mandatos oriundos de cargos ocupáveis segundo o critério majoritário, o que se

<sup>61</sup> Excerto extraído do voto do Ministro Cesar Asfor Rocha na Consulta nº. 1.398/DF. Disponível em: <[http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/inteiro\\_teor\\_blank.htm](http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/inteiro_teor_blank.htm)>. Acesso em: 20 maio 2011.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

torna muito claro quando se observa que os eleitores somente poderão votar em um candidato pré-escolhido pelo partido político, de forma que, elegendo-o, estará confirmando a escolha da agremiação. Dito de outro modo são os partidos políticos que apresentam os candidatos aos eleitores, valendo destacar que aqueles somente são candidatos por terem sido aceitos e escolhidos pela agremiação.

Esta proeminência dos partidos é mais facilmente aceita quando se verificam diversas regras eleitorais, tal como: são os partidos quem têm direito ao tempo regulamentar para a propaganda eleitoral distribuindo-o aos seus candidatos de acordo com o seu juízo de conveniência. Em resumo, nos termos do Ministro Gilmar Mendes: “No regime de *democracia partidária*, portanto, os candidatos recebem os mandatos tanto dos eleitores como dos partidos políticos. A representação é ao mesmo tempo popular e partidária”<sup>63</sup>.

Sem embargos, pode-se afirmar que a evolução de uma teoria dos partidos políticos, e efetivação destes, são fenômenos que corroboram e tornam mais explícita a tendência de coletivização das relações jurídicas que acompanha o desenvolvimento dos homens. Paulo Bonavides, a respeito do tema, comenta que

Antes que viesse o fenômeno partidário a se manifestar no Estado moderno com a agudeza corrente a autocracia era apenas o poder de um homem só e a democracia, o poder de homens “individualizados”. Hoje pertence a ditadura ainda a um chefe, mas este exprime invariavelmente a vontade do grupo dominante e monopolizador, ao passo que a democracia, deixando de ser a representação de indivíduos, se transformou, pelo pluralismo social em governo de grupos, com uma ação tradutora de tendências coletivas, a fazerem de cada parlamento aquele estuário ou praça de interesses [...] <sup>64</sup>.

Essas tendências coletivas a que se refere o doutrinador traduzem, conforme dito, a própria evolução da sociedade e, por esta razão, refletem substanciais modificações no campo do direito e na atuação dos três Poderes do Estado, suplantando-se (ou ao menos mitigando) a proteção dos bens jurídicos privatisticamente considerados em detrimento de uma perspectiva cada vez mais geral e comum. Com isso, compreende-se a afirmação do surgimento de uma nova categoria de direitos - os transindividuais – e da necessidade de tutelá-los de modo eficiente pelos legitimados. É o que se passará a investigar.

---

<sup>63</sup> Excerto extraído do voto do Ministro Relator no MS 29.988 MC/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 de maio de 2011.

<sup>64</sup> BONAVIDES, Paulo, op. cit., nota 31, p. 418.

## 2 A TUTELA JURISDICIONAL DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS NO BRASIL

### 2.1 O advento de um microsistema de tutela coletiva

Sem maiores digressões, pode-se compreender por direito processual o ramo da ciência jurídica que tem como objeto de estudo e regulamentação o exercício da atividade jurisdicional pelo Estado<sup>65</sup>. No que concerne às relações oriundas do âmago do direito civil, vige atualmente no Brasil a lei 5.869/73 (Código de Processo Civil), texto normativo que se divide em cinco partes: Livro I – Do processo de conhecimento; Livro II – Do processo de execução; Livro III – Do processo cautelar; Livro IV – Dos procedimentos especiais e Livro V – Das disposições finais e transitórias.

Já partir da divisão apresentada, se pode constatar a forte influência exercida sobre o direito processual brasileiro por Enrico Tullio Liebman (para quem a adequada classificação dos processos deveria observar o tipo de tutela pretendida pelo autor, sendo certa a existência de ações de conhecimento, executivas e cautelares) cujos pensamentos foram difundidos a discípulos brasileiros, inclusive Alfredo Buzaid, responsável pelo anteprojeto que originou o diploma processualista de 1973<sup>66</sup>.

Além de Liebman, a doutrina italiana influenciou o direito brasileiro também por meio das ideias de Chiovenda, Lodovico Mortara, Francesco Carnelutti, entre outros juristas europeus do século XIX, pelo que se justifica a forte inspiração na doutrina liberal e positivista do sistema processualista do Brasil<sup>67</sup>, tornando-se possível compreender o acerto da observação de Teori Albino Zavascki ao identificar, nesta sistemática, características marcantes como um modelo “[...] para atender à prestação da tutela jurisdicional em casos de lesões a direitos subjetivos individuais, mediante demandas promovidas pelo próprio lesado<sup>68</sup>” e também pela concepção de que o processo se destina a solver conflitos concretamente existentes, ou seja, faz aplicar a norma geral e abstrata sobre um fato ocorrido ou prestes a ocorrer.

---

<sup>65</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, vol. 1. p. 5.

<sup>66</sup> Enrico Tullio Liebman. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/imortal.asp?id=10>>. Acesso em: 04 maio 2011.

<sup>67</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, vol. 1, p. 37.

<sup>68</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 17.

Corroborando a percepção de tais características o fato de o código vigente não possuir instrumentos para tutelar coletivamente direitos individuais (salvo a hipótese de litisconsórcio ativo); para proteger direitos transindividuais; e nem para solucionar conflitos havidos no plano da abstração, como possíveis choques entre preceitos normativos. Contudo, obtempera o próprio Zavascki<sup>69</sup>, que diversas modificações legislativas supervenientes, organizadas em duas ondas distintas, alteraram de modo substancial o sistema processual a fim de superar as limitações que lhe acometiam, explicando ele que:

Uma primeira onda de reformas, iniciada em 1985 foi caracterizada pela introdução, no sistema, de instrumentos até então desconhecidos do direito positivo, destinados (a) a dar curso a demandas de natureza coletiva, (b) a tutelar direitos e interesses transindividuais, e (c) a tutelar, com mais amplitude, a própria ordem jurídica abstratamente considerada. E a segunda onda reformadora, que se desencadeou a partir de 1994, teve por objetivo, não o de introduzir mecanismos novos, mas o de aperfeiçoar ou de ampliar os já existentes no Código de Processo, de modo a adaptá-lo às exigências dos novos tempos.

O citado autor enriquece sua explanação por meio diversos exemplos que tornam possível a compreensão dos contornos de cada uma das etapas ou “ondas”. Para ele, no direito brasileiro, servem como marcos da primeira fase: 1) o advento de instrumentos de tutela a direitos transindividuais (como a lei que regulamentou a ação civil pública - Lei nº. 7.347/85 -, da lei que tratou dos interesses de pessoas portadoras de deficiências - Lei nº. 7.853/89 -, de crianças e adolescentes - Lei nº. 8.069/90 -, dos consumidores - Lei nº. 8.078/90 -, das pessoas idosas - Lei nº. 10.741/03 -, além do texto normativo referente à probidade na administração pública - Lei nº. 8.429/92-, à ordem econômica - Lei nº. 8.884/94 -); 2) a criação de “ferramentas” para a tutela coletiva de direitos subjetivos individuais (como o disciplinamento específico, pelo Código de Defesa do Consumidor, dos chamados direitos individuais homogêneos); 3) incremento das possibilidades de controle de normas constitucionais (por exemplo, por meio da ampliação do rol de legitimados para propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, da criação das ações declaratórias de constitucionalidade e do posterior aumento da lista de legitimados para propô-la, da edição da Lei n. 9.882/99, que regulamentou o processo para as ações de argüição de descumprimento de preceito fundamental). Com relação aos marcos da segunda onda reformadora, inúmeros são os exemplos: alterações na sistemática dos recursos, das execuções e cumprimentos de sentença, construção de um processo sincrético, entre outras tantas<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., nota 68, p. 18-19.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 19-22.

Justifique-se, no entanto, que, pelos fins a que se propõe a presente pesquisa, não se adentrará no estudo dos meios de defesa da própria ordem jurídica abstratamente considerada e, tampouco, das modificações havidas na segunda onda, mas voltar-se-á a atenção para as modificações que se relacionam mais diretamente com a tutela coletiva de direitos individuais e com a tutela de direitos transindividuais.

Além de todos os exemplos acima listados, contribuíram para o desenvolvimento da tutela coletiva no Brasil, a lei de ação popular – Lei nº. 4.717/65 - (posteriormente ratificada pelo art. 5º, LXXIII, CF) que, já no seu art. 1º, legitimou o cidadão a defender o patrimônio público (assim compreendido, por força da Lei nº. 6.513/77, como os bens com valor econômico, turístico, histórico, estético ou artístico), e a lei que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente - Lei nº. 6.938/81 –, a qual, no art. 14, §1º, conferiu ao Ministério Público a legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.

Verificando um regramento que corre à margem do Código de Processo Civil vigente, Ada Pellegrini Grinover<sup>71</sup> observa que a Constituição Federal de 1988 universalizou a proteção dos direitos metaindividuais, e o advento da Lei nº. 8.078/90 munuiu o Brasil de um “verdadeiro microsistema de processos coletivos”, para ela, composto pelo próprio CDC e pela LACP.

Zavascki, referindo-se à importância assumida pela Lei de Ação Civil Pública (Lei nº. 7.347/85) elucida que não se tratou somente de disciplinar um novo procedimento qualquer, porquanto a LACP “[...] veio inaugurar um autêntico subsistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais [...]” caracterizados por se situarem em domínio da coletividade, e não de um ou alguns sujeitos determinados<sup>72</sup>.

A Constituição Federal de 1988 também se mostrou imprescindível para a construção e desenvolvimento da proteção jurisdicional em âmbito coletivo, pois, além de contribuir prevendo expressamente direitos com natureza transindividual - direito ao meio ambiente sadio (art. 225), à manutenção do patrimônio cultural (art. 216) e da probidade administrativa (art. 37, § 4º), proteção do consumidor (art. 5º XXXII) -, proveio certos instrumentos para tutela de direitos lesados coletivamente – alargando o âmbito de incidência da ação popular (art. 5º, LXXIII), legitimando o Ministério Público para promoção de

---

<sup>71</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 11.

<sup>72</sup> ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., Nota 68, p. 38.

inquérito civil e ação civil pública (art. 129, III), bem como certos entes para defenderem direitos ou interesses de outrem em nome próprio, por meio do regime de substituição processual (associações - art. 5º, XXI; sindicatos - art. 8º, III; partidos políticos – art. 5º, LXX).

O Código de Defesa do Consumidor, que surgiu por reclame do citado art. 5º, inciso XXXII da Carta Constitucional, constitui verdadeiro diploma harmonizador da tutela judicial coletiva no Brasil, pois além de ser o responsável pelas definições de direitos coletivos *strictu sensu*, difusos e individuais homogêneos (art. 81, CDC), adéqua o regramento tradicional do CPC a estes direitos, regulando a sistemática processual a ser aplicada nas ações populares, ações civis públicas, ações de improbidade administrativa e até em mandados de segurança coletivos, por expressa previsão do art. 21 da LACP (“Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”), acrescentado pelo art. 117 da Lei nº. 8.078/90.

À luz dos ensinamentos de Rodrigues Reis Mazzei, acredita-se que o CDC e a LACP têm, de fato, papel de destaque no cenário da tutela coletiva, contudo, o microsistema coletivo não se resume a essas leis, parecendo mais correto compreender que a sua formação é “[...] marcada pela reunião intercomunicante de vários diplomas [...]”<sup>73</sup>, como todos os até então citados.

Com relação ao surgimento desse microsistema, importante observar que ele é fruto do amadurecimento do pensamento jurídico e representa a evolução do Direito rumo a sua efetividade, aproximando o processo da realidade social vivenciada e do direito material, tornando-o mais adequado e funcional. Neste mesmo sentir, Fredie Didier identifica duas ordens de justificativas para o surgimento e desenvolvimento de ações coletivas. Uma, de cunho político, engloba fatores como a redução de custos materiais e econômicos na função jurisdicional, a necessidade de uniformidade de decisões, o incremento da celeridade e efetividade da Justiça. A segunda, com viés sociológico, verificada a partir da massificação, industrialização, urbanização e globalização das relações sociais (e, conseqüentemente, dos litígios existentes), e determinada pela constitucionalização dos direitos e pelos movimentos em busca dos direitos humanos e fundamentais, os quais erigiram o Direito a uma concepção pós-positivista e principiológica, ligando-se diretamente à consecução do pleno acesso à

---

<sup>73</sup>MAZZEI, Rodrigues Reis. *apud.*, DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 3. ed. Bahia: Jus Podivm, 2008, vol. 4, p. 52.

justiça<sup>74</sup>.

Sobre esse tema, aliás, não se poderia deixar de mencionar Mauro Cappelletti, que fortemente influenciou a doutrina brasileira defendendo a existência de três momentos de aprimoramento do saber científico na busca do acesso a uma ordem justa (comumente conhecidos por ondas de acesso à justiça). No primeiro deles, buscou-se ampliar o acesso à tutela jurisdicional por meio da assistência judiciária gratuita, pois se reconheceu que os custos com um processo podiam constituir um verdadeiro entrave aos economicamente necessitados; a segunda onda, por seu turno, debruçou-se sobre a tentativa de inventar instrumentos adequados à proteção de direitos metaindividuais, e, por meio da terceira, vêm se buscando métodos eficazes para satisfazer o titular de uma posição jurídica de vantagem, aproximando a função jurisdicional dos preceitos erigidos em um Estado Democrático de Direito, surgindo, portanto, “um novo enfoque do acesso à justiça”<sup>75</sup>.

José Mario Gomes, em obra destinada a analisar a teoria de Cappelletti, registrou oportunamente que

Se, com o espalhar da primeira “onda”, os efeitos iconoclásticos do movimento pelo acesso à justiça levaram a uma reavaliação crítica da secular garantia formal do direito de ação, atingindo o mito de que isonomia de liberdade levaria à de oportunidades, este segundo momento de reflexão crítica e de proposta de reformas atingirá outros pilares da base formal do processo, o alcance dos institutos da *legitimidade ad causam* e da *coisa julgada*<sup>76</sup>.

De fato, diferente do modelo de processo individualista, a tutela coletiva caracteriza-se pelo regime de substituição processual, no qual ocorre a legitimação ativa extraordinária de um substituto para reclamar, em nome próprio, direitos de uma pluralidade de sujeitos. A Lei nº. 8.078/90, no já citado art. 81, estabelece que a defesa coletiva dos consumidores ocorrerá sempre que houver violação (ou perigo de violação) a interesses ou direitos difusos, coletivos, ou individuais homogêneos, e no artigo 82, elenca como legitimados concorrentes ativos: o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público e as entidades ou associações que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses protegidos naquele código, valendo lembrar, com relação a estes últimos, que a própria Constituição Federal já previa a legitimação ativa de tais entidades associativas para agirem em defesa de seus associados.

<sup>74</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. op. cit., nota 63, p. 36-38.

<sup>75</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit., nota 65, p. 36-40.

<sup>76</sup> GOMES Neto, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti**: análise teórica dessa concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p. 380.

No que atine à oponibilidade da sentença proferida, no modelo de processo tradicional, a regra geral prevista no art. 472 do Código de Processo Civil (“a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros [...]”), se mostra compatível com o regramento da legitimação privatista, segundo o qual, “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei” (art. 6º, CPC), mas não se mostra adequado à sistemática dos processos coletivos.

O professor Fredie Didier, a este respeito, explica que a primeira solução encontrada pelo direito brasileiro tomou por base o critério *secundum eventus probationis*, (art. 18 da Lei de Ação Popular e art. 16 da LACP), segundo o qual, verificando-se a insuficiência de provas no curso da ação coletiva, não se operaria a coisa julgada material, podendo ser reproposta a ação. Todavia, prossegue ele, tal critério mostrou-se insuficiente, sobretudo porque não regulou a situação individual dos sujeitos substituídos quando da improcedência da ação coletiva, o que foi suplementado pelo CDC ao estabelecer que não serão prejudicadas as ações individuais em caso de insucesso da demanda coletiva. Em conclusão, a partir daí, além do critério *secundum eventus probationis*, passou-se a admitir uma extensão *secundum eventus litis* (segundo o resultado da lide), ou seja: a procedência da ação opera a coisa julgada material no âmbito da tutela coletiva e beneficia, ainda, os indivíduos em ações individuais, contudo, a improcedência não os prejudica, mas importa na impossibilidade de nova proposição de ação coletiva<sup>77</sup>. A par desta noção, por ora importa registrar apenas que a coisa julgada em processos coletivos poderá atingir efeitos ultra partes ou *erga omnes*, a depender da amplitude do interesse lesado: difuso, coletivo ou individual homogêneo, tema que será melhor abordado em outro ponto.

Ada Pellegrini<sup>78</sup> constata que certos princípios do Direito ganham nova acepção no bojo de um processo coletivo, tomando alcance peculiar e distinto do que detêm no âmbito do processo individual. Sem adentrar demasiado no tema, convém listá-los: a) o *princípio do acesso à justiça* ganha uma nova feição, pois, resolvendo conflitos de massa assume uma dimensão social e política; b) fortalecimento do *princípio da universalidade da jurisdição*, pois com a coletivização do processo submetem-se causas ao Judiciário que não seriam submetidas individualmente; c) incremento do *princípio da participação*, tendo em vista que “com o acesso das massas à justiça, grandes parcelas da população vêm participar do processo, conquanto por intermédios de legitimados à ação coletiva”; d) com base no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, sublinha a previsão de iniciativas a

<sup>77</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. ZANETI JUNIOR, Hermes, op. cit., nota 73, p. 370-372.

<sup>78</sup> GRINOVER. Ada Pellegrini, op. cit., nota 71, p. 11-14.

serem adotadas pelo juiz para estimular o legitimado a ingressar com ação coletiva, informando-lhe sobre a pluralidade de ações individuais visando a proteção do mesmo bem jurídico, o que confere um aspecto peculiar *ao princípio da ação*; e) afirma que os poderes atribuídos ao juiz em um processo coletivo são “incomensuravelmente” maiores dos que detém o julgador em uma ação individual, o que deságua numa ampliação do *princípio do impulso oficial*; f) explica que determinados institutos que favorecem o *princípio da economia processual*, tais como conexão, continência, litispendência e coisa julgada são mais facilmente aplicados em processos coletivos<sup>79</sup>, pelo que se fortalece tal princípio; g) maior possibilidade de aplicação do *princípio da instrumentalidade das formas* em processos coletivos, conferindo-lhes um caráter menos rígido e formal, respeitados, por óbvio, o contraditório e a não ocorrência de prejuízos às partes.

A autora enumera, ainda, outras peculiaridades referentes aos institutos do direito, dentre os quais, para os fins desta pesquisa, importa destacar: a) desconhecida em processos individuais, surge nos processos coletivos a chamada *representatividade adequada* que, embora não mencionada expressamente na legislação, importa na aferição das necessárias condições de seriedade e idoneidade do legitimado; b) preponderância pelo critério territorial de distribuição de *competência* em processos coletivos; c) a sentença proferida em um processo coletivo importa em uma *liquidação de sentença* que aferirá não somente o *quantum debeat* (como ocorre nos processos individuais), mas, também, o *an debeat*, referente à ocorrência do dano individualmente sofrido e ao nexo causal com o dano coletivo reconhecido pela sentença; d) no que atine à *indenização pelos danos*, as ações coletivas permitem a adoção do critério do dano causado em detrimento do critério do dano sofrido, pois o prejuízo individual pode ser de pequena monta ou as vítimas dificilmente identificáveis<sup>80</sup>.

Com base em todas as peculiaridades, a autora conclui pela existência de um “novo ramo do direito processual, o *direito processual coletivo*”<sup>81</sup>. Há que se destacar que nem todas essas peculiaridades se encontram expressas e bem resolvidas no âmbito legal, sendo, por vezes, causa de dificuldades enfrentadas na prática dos processos coletivos, pelo que se defende, hoje em dia, a elaboração de um verdadeiro código de processos coletivos no

<sup>79</sup> Segundo a citada autora, a conexão, litispendência e continência têm conceitos altamente rígidos nos processos individuais, o que dificulta a identificação das relações entre as ações. Por outro lado, nos processos coletivos, a identificação de tais fenômenos deve levar em conta o bem jurídico a ser protegido, e não o pedido; pedido e causa de pedir devem ser interpretados extensivamente; e a distinção de legitimados ativos não será óbice para o reconhecimento da identidade de sujeitos. Da soma de tais fatores advém a facilidade da aplicação de tais institutos nos processos coletivos.

<sup>80</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., nota 71, p.14-15.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 15.

âmbito nacional, medida que reforçaria a posição de vanguarda de nosso país em relação à construção do direito coletivo.

Por esse motivo, contando com a base fornecida pelo Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-américa<sup>82</sup>, aprovado pelas Jornadas do Instituto Ibero-americano de Direito Processual em 2004, Ada Pellegrini coordenou um grupo empenhado em oferecer propostas de alterações à sistemática dos processos coletivos no Brasil, o que desaguou na elaboração do primeiro Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, visando aperfeiçoar a matéria espalhada na legislação vigente, mantendo-se sua essência<sup>83</sup>.

Por fim, noticie-se que o Anteprojeto em referência, que também incorporou ideias ventiladas em programas de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA), coordenados pelo professor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, fora assumido pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, e encaminhado ao Ministério da Justiça, alimentando as esperanças do surgimento de um Código Brasileiro de Processos Coletivos aprovado pelo Congresso Nacional<sup>84</sup>.

Conforme se pode averiguar, a defesa coletiva dos direitos tem se desenvolvido a partir de conceitos sedimentados referentes às categorias de direitos e interesses transindividuais, quais sejam: difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

## 2.2 Categorias de direitos e interesses transindividuais

Muito se falou até aqui sobre tutela coletiva de direitos individuais e tutela de direitos transindividuais, sendo certo que, por vezes, ambas as categorias foram referidas sob denominações genéricas como tutela coletiva ou proteção coletiva. Conforme se observa, evitou-se a denominação “direitos coletivos”, o que foi feito em respeito à parte da doutrina que entende não serem sinônimos os termos em evidência. Neste sentido, Zavascki, após registrar certo equívoco na utilização da ação civil pública para tutelar, indistintamente, direitos individuais homogêneos e direitos transindividuais, explica que

<sup>82</sup> Convém registrar que a elaboração do Código Modelo, que contou com a participação de quatro brasileiros: Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi, possui uma dupla face, pois ao tempo em que foi construído com base na legislação brasileira, inspirou um movimento visando aperfeiçoar as normas vigentes neste país.

<sup>83</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: MILARÉ, Edis. **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 13-14.

<sup>84</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 17.

Uma das principais causas, senão a principal, dos equívocos nesse novo domínio processual foi a de confundir *direito coletivo* com *defesa coletiva de direitos*, que trouxe a consequência, à toda evidência distorcida, de se imaginar possível conferir aos direitos subjetivos individuais, quando tutelados coletivamente, o mesmo tratamento que se dá aos direitos de natureza transindividual. A origem contemporânea e comum dos mecanismos de tutela de um e outro desses direitos, acima referida, explica, talvez, a confusão que ainda persiste em larga escala, inclusive na lei e na jurisprudência. Com efeito, a partir do advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que introduziu mecanismo especial para defesa coletiva dos chamados *direitos individuais homogêneos*, passou-se, não raro, considerar tal categoria de direitos, para todos os efeitos, como espécie dos *direitos coletivos e difusos*, lançando-os todos em uma vala comum, como se lhes fossem comuns e idênticos os instrumentos processuais e as fontes normativas de legislação para a sua defesa em juízo. Não é assim, todavia. [...] <sup>85</sup>.

A fim de compreender o real sentido das palavras acima destacadas, impende analisar o que são os chamados direitos coletivos *stricto sensu*, difusos e os individuais homogêneos. Para tanto, conta-se com o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90) que, em seu art. 81, parágrafo único, tratou de tais definições, aplicadas, hoje em dia, não somente à esfera consumerista, mas em todos os ramos do Direito.

O referido dispositivo legal, por meio do inciso I, estabelece que devem ser considerados interesses ou direitos difusos “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. No inciso II, define por interesses ou direitos coletivos “os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. Por fim, o inciso III resume os interesses e direitos individuais homogêneos “como os decorrentes de origem comum”.

Com relação ao primeiro, o próprio termo difuso, que significa propagado ou espalhado, já remete à ideia de indeterminabilidade, pois espalhados estão os sujeitos titulares do direito violado. A respeito do tema, Rizzatto Nunes explica que o fato de serem indeterminados os titulares, não implica dizer que não haja pessoas sofrendo os danos concretamente. Ao contrário disso, sendo lesado um direito considerado difuso, pode ser que um sujeito esteja sendo afetado mais diretamente, no entanto, a titularidade não lhe pertence com exclusividade, mas a todos, simultaneamente, razão pela qual imprescindível que haja uma tutela coletiva <sup>86</sup>. Importante observar também que a tutela coletiva não elide a possibilidade de haver, por parte desse sujeito lesado diretamente, a pretensão de tutela individual. Nesses casos o Direito deverá socorrer a ambos os direitos sob ataque (direito

<sup>85</sup>ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., nota 68, p. 39-41.

<sup>86</sup>NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 731.

difuso e direito individual) por meio das adequadas ferramentas.

Também constituem elementos importantes do conceito dos direitos difusos: a inexistência de relações jurídicas bases e a indivisibilidade do objeto. O primeiro deles significa que a ligação entre os titulares difusos do direito violado e o responsável pela lesão se limita a uma circunstância fática, não decorrendo de uma relação jurídica. Por seu turno, a indivisibilidade do objeto refere-se ao bem jurídico tutelado, pois, sendo de titularidade de todos, simultaneamente, não há como ser cindido, sendo esta a razão pela qual os direitos difusos são considerados metaindividuais: superam o direito de um indivíduo.

No que toca aos direitos coletivos *stricto sensu*, a própria definição dada por lei também é expressa ao afirmar a indeterminação da sua titularidade, contudo, para tais direitos existe a possibilidade de determinação dos indivíduos. Explique-se que essa determinabilidade decorre do fato de os titulares se enquadrarem como membros pertencentes a um grupo, categoria ou classe de pessoas, não se encontrando tão difusos na sociedade como na hipótese verificada anteriormente. Diferente disso, os sujeitos desse grupo, categoria ou classe encontram-se ligados entre si, ou com a parte contrária, por meio de uma relação jurídica preexistente à lesão ocorrida, sendo este o motivo que possibilita identificá-los. Convém enfatizar: a relação jurídica em referência pode se materializar entre os próprios sujeitos ativos do direito tutelado (titulares), ou entre estes e os sujeitos passivos, devendo, no entanto, ser anterior ao dano.

Assim como ocorre com os direitos difusos, os direitos coletivos têm com objeto um bem jurídico indivisível, ou seja, não pertencem a um particular isoladamente considerado, mas a um grupo de pessoas. Portanto, direitos coletivos são, também, direitos transindividuais, distinguindo-se dos direitos difusos apenas em razão da determinabilidade dos sujeitos titulares<sup>87</sup>.

Quanto à compreensão do que são os direitos individuais homogêneos, registre-se, inicialmente, que persiste uma divergência em sede doutrinária, notadamente, no que se refere à aceitação em classificá-los como subespécie de direitos coletivos *lato sensu*, a despeito de sua natureza individual, ou, ao contrário disso, em afirmá-los como direitos meramente individuais, tutelados coletivamente. A lei, quanto a isso, nada esclarece, pois limita-se a qualificá-los pela origem comum, ou seja, a conduta lesiva da parte contrária há de ser comum.

Rizzatto Nunes afirma que direitos individuais homogêneos são aqueles em que se identifica, além da origem comum, a pluralidade e determinabilidade de sujeitos ativos, e a

---

<sup>87</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes, op. cit., nota. 73, p. 77.

divisibilidade do objeto. Destaca que não se confundem com a mera hipótese de litisconsórcio ativo, onde há “reunião real e concreta de titulares individuais de direitos subjetivos”, pois, aqui, o sujeito da ação é apenas um dos legitimados (no caso do CDC, constantes no art. 82), razão por que conclui: trata-se de uma espécie de direitos coletivos<sup>88</sup>.

De outra banda, Teori Zavascki, partindo da diferença material existente entre direitos individuais e transindividuais explica que

Compõe o universo de atuação do processo coletivo dois grandes domínios: o dos direitos coletivos *lato sensu* e o dos direitos individuais homogêneos. Direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais (= sem titular determinado, razão pela qual são tutelados em juízo invariavelmente pelo regime de substituição processual) e materialmente *indivisíveis* (= são lesados ou satisfeitos necessariamente em sua globalidade, o que determina tutela jurisdicional também de forma conjunta e universalizada). Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais (= com titular determinado) e, portanto, materialmente *divisíveis* (= podem ser lesados ou satisfeitos por unidades isoladas), o que propicia a sua tutela jurisdicional tanto de modo coletivo (por regime de substituição processual) como individual (por regime de representação). Sendo distintos e inconfundíveis os direitos coletivos *lato sensu* (= difusos e coletivos *stricto sensu*, ambos transindividuais) e os direitos individuais homogêneos, devem ser necessariamente distintos os mecanismos para a respectiva tutela jurisdicional. O direito positivo vigente permite estabelecer a seguinte e genérica discriminação: ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade administrativa constituem instrumentos típicos para tutela de direitos transindividuais (coletivos *lato sensu*); e a ação civil coletiva e o mandado de segurança coletivo são instrumentos típicos para a tutela coletiva de direitos individuais<sup>89</sup>.

O autor<sup>90</sup> dá seguimento a sua explanação contrapondo os principais instrumentos que, segundo ele, são tipicamente voltados para a tutela dos direitos transindividuais (ação civil pública, ação popular e ação de improbidade administrativa) àqueles elencados como hábeis a proteger coletivamente os direitos individuais (ação civil coletiva e mandado de segurança coletivo). Neste norte, pontua que a titularidade ativa, em sede de ações civis públicas, é exercida por entes expressamente autorizados por lei, em regime invariável de substituição processual, tanto na fase cognitiva quanto no momento da execução de sentença. Também sublinha o disposto no art. 103 do CDC, lembrando que os seus efeitos são *erga omnes* (salvo se improcedente o pedido por insuficiência de provas), expandindo-se, em caso de procedência, para beneficiar os direitos individuais eventualmente lesados.

Em seguida, observa que os direitos individuais homogêneos possuem um núcleo

<sup>88</sup> NUNES, Rizzatto, op. cit., nota 86, p. 736-738.

<sup>89</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 34.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 35-37.

de homogeneidade formado por: a) a existência da obrigação, b) a natureza da prestação devida e c) o sujeito passivo; e um núcleo de heterogeneidade, no qual se localizam aspectos como a identidade do sujeito ativo e a sua ligação específica com a situação discutida. Partindo daí, obtempera que a ação civil coletiva (regulada pelos art. 91 a 100 do CDC) é um procedimento modelado sob quatro características, determinados pelos aspectos dos direitos individuais homogêneos: a) cognição segmentada em duas fases – na primeira, os elementos do núcleo homogêneo são coletivamente analisados, e na segunda, iniciada no caso de procedência do pedido, a ação se ramifica em procedimentos de cumprimento para que se analisem os elementos individuais de cada lesado; b) duplicidade da legitimação, pois, na primeira fase da cognição, ocorre a substituição processual, ao passo que na segunda simples representação por parte dos titulares; c) natureza genérica da sentença, que se limita à aferição dos elementos do núcleo homogêneo; d) autonomia da ação coletiva em relação à ação individual, ou seja, o substituído tem a faculdade de litisconsorciar-se ao substituto processual, de promover ação individual simultânea ou, depois, de executar ou não a sentença de procedência.

Fredie Didier, analisando a ideia defendida por Zavascki, se mostra firme em rechaçá-la. Para ele, não se trata de mera tutela coletiva de direitos subjetivos individuais, mas, por outro lado, os direitos individuais homogêneos são verdadeiros direitos coletivos, constituindo, portanto, uma “ficção jurídica” criada pelo direito positivo brasileiro para permitir que sejam tratados coletivamente. Explica que aquela visão mostra-se “[...] excessivamente restritiva e afastaria os DIH dos princípios gerais da tutela coletiva, aplicáveis ao rol expressamente criado pelo CDC, e referendados agora por todas as propostas de Código de Processo Coletivo [...]”<sup>91</sup>.

Distingue-se da visão de Zavascki, também, o pensamento de Consuelo Yatsuda Yoshida<sup>92</sup>. Para a autora, não há impropriedade em denominar de ação civil pública, e nem de considerar como modalidade desta, a ação destinada a defender coletivamente os direitos individuais homogêneos de que trata os art. 91 a 100 do CDC, pois os direitos individuais homogêneos constituem espécie de direito coletivo em sentido lato, assim como os direitos difusos e coletivos (em sentido estrito), “[...] mas são coletivos apenas ‘na forma em que são tutelados’, enquanto os difusos e coletivos (em sentido estrito) são ‘essencialmente coletivos’”.

---

<sup>91</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes, op. cit., nota 73, p. 82.

<sup>92</sup> YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Ação civil pública: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade. In: MILARÉ, Edis. **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 126.

A autora sustenta que, embora inconfundíveis as “três modalidades de direitos e interesses metaindividuais”, elas podem apresentar relações recíprocas no caso concreto em razão de derivarem da mesma causa de pedir. Em outros termos, aponta que a causa de pedir de um direito individual homogêneo pode se identificar com a causa de pedir de um direito coletivo ou difuso, de forma que a tutela dos direitos transindividuais pode surgir quando da lesão de um bem jurídico indivisível (no caso dos difusos e coletivos) e divisível (para os individuais homogêneos).

Conforme se observa, diferem os pontos de vista sobre o tema, mas, seguindo divisão criada por Barbosa Moreira<sup>93</sup> (antes mesmo do advento do CDC), não parecem divergir os doutrinadores quanto à qualidade “essencialmente coletiva” dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* e à qualidade “acidentalmente coletiva” dos direitos individuais homogêneos, pelo menos sob uma perspectiva processual<sup>94</sup>.

Crendo que esse consenso torna possível a intelecção das essências de cada uma das “espécies de direitos coletivos”<sup>95</sup>, e a fim de facilitar a organização do pensamento, pede-se licença para se reproduzir abaixo um quadro comparativo, tal qual proposto por Teori Albino Zavascki<sup>96</sup>.

<i>Direitos</i>	<i>Difusos</i>	<i>Coletivos</i>	<i>Individuais homogêneos</i>
1) Sob o aspecto subjetivo são:	Transindividuais, com indeterminação absoluta dos titulares (= não tem titular individual e a ligação entre os vários titulares difusos decorre mera circunstancia de fato. Exemplo: morar na mesma região.)	Transindividuais, com determinação relativa dos titulares (= não têm titular individual e a ligação entre os vários titulares coletivos decorre de uma relação jurídica-base. Exemplo: o Estatuto da OAB.)	Individuais: (= há perfeita identificação do sujeito, assim como da relação dele com o objeto do seu direito). A ligação que existe com outros sujeitos decorre da circunstancia de serem titulares (individuais) de direitos com “origem comum”.
2) Sob o aspecto objetivo são:	Indivisíveis (= não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares).	Indivisíveis (= não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares).	Divisíveis (= podem ser satisfeitos ou lesados em forma diferenciada e individualizada, satisfazendo ou lesando um ou alguns sem afetar os demais).

<sup>93</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos**. Temas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 195-197.

<sup>94</sup> Esse consenso deve ser compreendido com ressalvas, pois a própria divisão de Barbosa Moreira é construída sob aspecto de direito processual, e não material. Assim, por exemplo, Consuelo Yoshida afirma não ser possível traçar as diferenças entre os direitos transindividuais sem observar o tipo de pretensão e da tutela buscados, ao passo que Zavascki adverte que qualquer direito material existe independentemente do processo.

<sup>95</sup> O Supremo Tribunal Federal, apreciando RE 163.231/SP, considerou os direitos individuais homogêneos como subespécies de direitos coletivos, razão pela qual, esta será a postura adotada na presente pesquisa. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>. Acesso em 17 maio 2011.

<sup>96</sup> ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., nota 68, p. 44-45.

3) Exemplo:	Direito ao meio ambiente sadio (CF, art. 225).	Direito de classe dos advogados de ter representante na composição dos Tribunais (CF, art. 94).	Direito dos adquirentes a abatimento proporcional do preço pago na aquisição de mercadoria viciada (CDC, art. 19, §1º,III).
4) Em decorrência de sua natureza:	<p>a) - São insuscetíveis de apropriação individual;</p> <p>b) - São insuscetíveis de transmissão, seja por ato <i>inter vivos</i>, seja <i>mortis causa</i>;</p> <p>c) - São insuscetíveis de renúncia ou de transação;</p> <p>d) - Sua defesa em juízo se dá sempre em forma de substituição processual (o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo da relação de direito material), razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar, (CPC, 351) nem assumir ônus probatório não fixado na Lei (CPC, art. 333, parágrafo único, I);</p> <p>e) - A mutação dos titulares ativos difusos da relação de direito material se dá com <i>absoluta</i> informalidade (basta alteração nas circunstâncias de fato).</p>	<p>a) - São insuscetíveis de apropriação individual;</p> <p>b) - São insuscetíveis de transmissão, seja por ato <i>inter vivos</i>, seja <i>mortis causa</i>;</p> <p>c) - São insuscetíveis de renúncia ou de transação;</p> <p>d) - Sua defesa em juízo se dá sempre em forma de substituição processual (o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo da relação de direito material), razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar, (CPC, 351) nem assumir ônus probatório não fixado na Lei (CPC, art. 333, parágrafo único, I);</p> <p>e) - A mutação dos titulares ativos coletivos da relação jurídica de direito material se dá com <i>relativa</i> informalidade jurídica (basta a adesão ou a exclusão do sujeito à relação jurídica-base).</p>	<p>a) - Individuais e divisíveis, fazem parte do patrimônio individual do seu titular;</p> <p>b) - São transmissíveis por ato <i>inter vivos</i> (cessão) ou <i>mortis causa</i>, salvo exceções (direitos extrapatrimoniais);</p> <p>c) - São suscetíveis de renúncia e transação, salvo exceções (v.g., direitos personalíssimos);</p> <p>d) - São defendidos em juízo, geralmente, por seu próprio titular. A defesa por terceiro o será em forma de representação (com expressa aquiescência). O regime de substituição processual dependerá de expressa autorização em lei (CPC, art. 6º);</p> <p>e) - A mutação do pólo ativo na relação de direito material, quando admitida, ocorre mediante ou fato jurídico típico e específico (contrato, sucessão <i>mortis causa</i>, usucapião etc.)</p>

Fonte: Zavascki, Teori Albino.op. cit. nota 68, p. 44-45.

Por fim, longe da intenção de exaurir o tema, impende observar que, nos termos do art. 103, o CDC estabelece que a sentença proferida em ações que versem sobre direitos difusos terá eficácia: a) *erga omnes* (salvo na hipótese de julgar-se improcedente o pedido por insuficiência de provas); b) *ultra partes*, mas limitada ao grupo, em caso de ações cujo objeto seja direitos coletivos (salvo na hipótese de julgar-se improcedente o pedido por insuficiência de provas) e c) *erga omnes*, apenas no caso de procedência, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, quando se tratar de direitos individuais homogêneos. Destaque-se, ainda, que neste último caso, os interessados que não tiverem intervindo diretamente no processo como

litisconsortes poderão ingressar com demandas individuais em caso de improcedência da ação coletiva, e nos dois casos anteriores, a existência de ação coletiva não prejudicará direitos individuais da coletividade.

### 2.3 Direito processual coletivo e ativismo judicial

Conforme já se teve a oportunidade de afirmar anteriormente, entende-se por Constitucionalismo o movimento que visa a limitação e a orientação do Poder do Estado, conduzindo-o às adequadas formas de atendimento das necessidades dos governados. Abordando as fases desse movimento, afirmou-se também que está em um curso uma etapa conhecida por Neoconstitucionalismo, sedimentada sobre a dignidade da pessoa humana como valor fundamental.

São inegáveis as transformações promovidas pelo pós-positivismo (Neoconstitucionalismo), da mesma maneira como o é a disseminação dessas transformações por todos os ramos do direito. Fredie Didier (informação verbal)<sup>97</sup> aponta algumas dessas transformações, em especial, referentes à hermenêutica jurídica, à teoria geral das fontes, à sobrelevação do direito constitucional e de sua ligação com os demais campos, também renovados.

No campo da hermenêutica, explica que a) passou-se a distinguir regras de normas, sendo estas o produto da interpretação daquelas (normas podem ser extraídas tanto das regras quanto dos princípios. As regras regulam situações que, ocorrendo, determinam a incidência das norma respectivas. Os princípios, a seu turno, são diretrizes gerais de um sistema, cuja abrangência é mais vasta que a das regras)<sup>98</sup>; b) também se reconheceu que, ao julgar, o juiz cria normas; c) desenvolveram-se as máximas da proporcionalidade e da razoabilidade, aproximando do processo a possibilidade de julgar-se pelo bom senso.

No que toca à teoria geral das fontes, d) passou-se a atribuir maior relevância e aplicabilidade aos princípios, conferindo-lhes eficácia normativa; e) de igual modo, reconheceu-se a função normativa da jurisprudência<sup>99</sup>, o que, de certa forma, demonstra a crescente integração entre os sistemas do *Civil Law* e do *Common Law*; por fim, f) operacionalizaram-se mudanças na técnica legislativa, pois passou-se de um modelo de

<sup>97</sup> Aula ministrada em 31 jan. 2011 e transmitida via satélite para alunos da rede LFG de Ensino.

<sup>98</sup> GOMES, Luis Flavio. **Normas, regras e princípios**. Elaborado em dezembro de 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7527/normas-regras-e-principios>>. Acesso em: 22 maio de 2011.

<sup>99</sup> Para que se perceba essa função normativa, basta observar os seguintes instrumentos: súmulas vinculantes e da repercussão geral. Por meio deles permite-se que a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal a determinada situação vincule as decisões de juízes de inferiores instâncias.

legislação casuística para um modelo que adota as chamadas cláusulas gerais (pode-se dizer que o modelo de legislação casuística é aquele em que o legislador elabora textos normativos complexos e minudentes crendo ser possível prever todos os aspectos da vida quotidiana. Por outro lado, a tendência aponta para a adoção de textos normativos denominados cláusulas gerais, que possuem a hipótese e o conseqüente normativo abertos, além de valer-se de conceitos indeterminados. Essa técnica permite uma maior perenidade do direito posto, pois as normas produzidas casuisticamente caducam com maior facilidade. Pelas características das cláusulas gerais, exige-se uma maior atividade interpretativa do magistrado, para que se possa extrair-lhes a norma)<sup>100</sup>.

Em sede de Direito Constitucional as transformações também foram substanciais. A primeira delas é que: g) a Constituição deixa de ser vista como mera Carta de intenções, cujos efeitos podem ou não acontecer, para ser, de fato, um texto normativo, isto é, ter força normativa e efeitos imediatos; h) verificou-se o aprimoramento da jurisdição constitucional marcado, fundamentalmente, pela utilização, invocação e aplicação das normas e preceitos albergados na Carta Magna; I) fortaleceu-se e evoluiu a teoria dos direitos fundamentais enquanto patrimônio jurídico mínimo de uma sociedade, ou seja, aquilo que se reconheceu como direitos fundamentais representa um núcleo mínimo à subsistência dos indivíduos, não devendo, portanto, ser minorado, mas acrescido ao longo da evolução histórica.

Neste sentido, sabendo que a teoria dos direitos coletivos, e do acesso à justiça, como um todo, se desenvolveu dentro desse contexto histórico e intelectual do Neoconstitucionalismo, pode-se compreender que as características informadas para esse momento do saber científico não só se aplicam à matéria do direito coletivo (tanto na seara material como processual), mas se mostram com maior evidência nesse campo.

Importa enfatizar, neste momento, uma característica em especial, qual seja: o crescimento e aprofundamento da atividade jurisdicional do Estado, a qual rompe com os antigos paradigmas de Estado decisionista de Carl Schmitt (onde prepondera o Poder Executivo frente aos demais), com a concepção de juiz enquanto mero aplicador de regra posta (que confere certa supremacia ao legislador e limita a atuação do julgador), e de certa forma, relativiza a separação dos poderes pensada por Montesquieu a partir do momento que permite o controle das ações dos demais Poderes pelo Judiciário.

Como já se destacou, fala-se hoje na existência de um verdadeiro microsistema

---

<sup>100</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **O direito privado como um “sistema em construção”** – as cláusulas gerais no Projeto de Código Civil brasileiro. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/383/4/r139-01.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2011.

de direito coletivo no Brasil, cujos principais elementos são a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº. 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor, sem desconsiderar, por óbvio, o núcleo de todo o sistema normativo: a Constituição Federal de 1988. É dentro desse microsistema que interessa observar o chamado fenômeno conhecido como “ativismo judicial”. Impende destacar, no entanto, que, antes mesmo da previsão de ações civis públicas, a Lei de Ação Popular já permitia a interferência do Estado Juiz, por provocação do cidadão, no âmbito de atuação do Estado Executor, anulando ou decretando a nulidade de atos que implicassem em lesão ao patrimônio público.

Com o advento da LACP, aumentaram-se as possibilidades dessa interferência, pois o objeto não mais se restringe à anulação dos atos lesivos, podendo a ação civil pública veicular uma pretensão de condenação a pagamento em dinheiro, ou ao cumprimento de obrigações de fazer e não fazer (art. 3º). Além do mais, o rol dos objetos eventualmente passíveis de sofrer a lesão (art. 1º), foi substancialmente incrementado pelo permissivo constitucional do art. 129, III, que conferiu ao Ministério Público a prerrogativa de promover ação civil pública e inquérito civil público para proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente, e outros interesses difusos e coletivos.

Nesse esteio de raciocínio, Paulo Guedes Fontes<sup>101</sup> sublinha uma série de fatores que marcam a função jurisdicional em matéria de interesses coletivos e retratam bem a realidade que se perscruta neste momento pois observa que, tradicionalmente, incumbe aos Poderes Legislativo e Executivo a defesa do interesse público, sendo certo que o papel do juiz também se reveste de interesse público, mas de um modo indireto, por meio da solução de litígios individuais. Ocorre que “a noção de interesse difuso aproxima-se e por vezes se confunde com o interesse público ou geral” de forma que, ao apreciar uma casuística onde haja lesão a direitos difusos, o juiz cível poderá apreciar o interesse público imediatamente, e, por meio de sua sentença, ditará a maneira como aquela situação deverá ser resolvida, vinculando até mesmo a Administração<sup>102</sup>.

Por elucidativo, usar-se-á, aqui, o mesmo exemplo utilizado pelo escritor: imagine-se que a comercialização de determinado produto oferece perigo aos consumidores. Pelo sistema cível, destaca ele, o indivíduo não poderia pleitear em juízo o cancelamento da comercialização, sendo-lhe permitido apenas reclamar pela indenização em caso de ocorrência de danos. Nesse caso, então, caberia ao legislador editar norma para regular a

---

<sup>101</sup> FONTES, Paulo Gustavo Guedes Fontes. A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: estudo analítico de suas possibilidades e limites. In: MILARÉ, Edis. **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 472-485.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 472.

situação, ou à própria administração, por meio do exercício do seu poder de polícia, resguardar o interesse público sob perigo, sendo certo que não haveria qualquer garantia em favor dos governados de que tais medidas seriam adotadas. Contudo, O CDC, em seu art. 102, dispõe que

Art. 102, CDC. Os legitimados a agir na forma deste Código poderão propor ação visando compelir o Poder Público competente a proibir, em todo o território nacional, a produção, divulgação, distribuição ou venda, ou a determinar alteração na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento de produto, cujo uso consumo regular se revele nocivo ou perigoso à saúde pública e à incolumidade pessoal.

A análise de Paulo Guedes evidencia ainda outro aspecto importante: a função jurisdicional é imbuída de atividade criadora, e o contexto em que se desenvolve um processo coletivo potencializa esse poder de criação por diversos fatores. O primeiro deles, relativo ao alto grau de abstração das normas que veiculam direitos coletivos (*lato sensu*), é explicado nos seguintes termos:

As normas jurídicas materiais invocadas na proteção dos interesses difusos e coletivos são com frequência muito *abstratas*. Esses interesses difusos – relativos à proteção do meio ambiente e do patrimônio cultural, às prestações estatais de educação e saúde – são em parte produto de transformações do Estado e do direito no século XX, sintetizadas na expressão *Welfare State* ou Estado-providência. Estão geralmente inscritos nas Constituições ou nas declarações de direitos nacionais ou internacionais e o seu reconhecimento se faz sob a forma de princípios gerais; acontece que também esses textos mudaram de natureza, passando a gozar de uma força normativa que não se lhes era reconhecida antes. A função jurisdicional, chamada a aplicar tais princípios gerais às situações concretas, vai ter evidentemente um papel fundamental na própria conformação desses direitos<sup>103</sup>.

A esse fator, listaram-se dois outros, intitulados pelo doutrinador de “o caráter contingente dos interesses difusos” (referente à impossibilidade de o legislador prever todas as situações que, eventualmente, possam desaguar em lesão a direitos difusos, o que demanda a atribuição de maior liberdade ao juiz) e da “conflituosidade interna” (reflete a ocorrência de sujeitos coletivos tanto no pólo ativo, quanto no passivo e, assim, ambas as partes invocam direitos difusos e princípios constitucionais em seu favor, como por exemplo o direito ao meio ambiente sadio em face da liberdade de iniciativa, exigindo do juiz uma ponderação de valores, ou seja, “[...] a definição do direito resultará algumas vezes de uma opção entre tais interesses, deixando margem considerável à subjetividade do julgador”<sup>104</sup>).

De fato, a observação empírica da sociedade contemporânea torna possível a

<sup>103</sup> FONTES, Paulo Gustavo Guedes, op. cit., nota 101, p.473.

<sup>104</sup> Ibidem, p. 474.

percepção do fenômeno informado, qual seja: a coletivização dos conflitos importou na judicialização de causas cujo interesse público (interesse público aqui como interesse da sociedade, e não interesse da Administração, do Estado somente) se mostra de maneira evidente, sendo que esta judicialização decorre, inclusive, não raras vezes, da falta de atenção adequada pelos demais Poderes.

Neste sentido, o Judiciário tem se mostrado como verdadeiro instrumento para efetivação das normas constitucionais (inclusive aquelas cujo teor é eminentemente programático), sobretudo porque tem adotado uma postura proativa, mais intimamente ligada aos contextos político, social, econômico, cultural (superando a noção de mero aplicador de normas postas), decorrente das novas teorias e formas de se interpretar o texto da Carta.

Essa postura proativa se explicita por meio de diversos exemplos: aplicação direta da Constituição, regulando situações não previstas ou regulamentadas normativamente de forma específica (como ocorreu por ocasião da edição da súmula vinculante nº 13, a qual disciplinou a matéria referente ao nepotismo); interferência e controle sobre políticas públicas (como quando se condena o Poder Público a prover determinados direitos tais como direitos a medicamentos); declaração de nulidade de atos administrativos; controle de constitucionalidade de normas (o controle de constitucionalidade – que, como se sabe, é exercido de modo difuso ou concentrado, neste caso por meio de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade - é também um tipo de ação coletiva, pois resta nítida a transindividualidade do direito de ter apenas normas constitucionais em vigor), entre outros tantos.

Somando-se a tudo isso, pode-se afirmar que o processo de redemocratização vivenciado a partir do advento da Constituição de 1988 tornou ainda mais factível esse “reposicionamento do Judiciário”, pois, além do tratamento diferenciado que impingiu aos direitos coletivos, a referida Carta implementou uma série de medidas que contribuíram para a sua própria efetivação, tais como: inclusão de questões políticas, econômicas e sociais em seu texto, recuperação das garantias da magistratura, crescimento do Ministério Público, fortalecimento das associações (o que possibilitou maior participação do cidadão) etc.

## 3 LEGITIMAÇÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS PARA IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

### 3.1 Origens do mandado de segurança coletivo

Acredita-se que uma das maiores batalhas da ciência jurídica localiza-se em tornar efetivos os direitos previstos, passando-se de mera declaração à concretização dos mesmos. É nesse esteio que se distinguem os direitos e as garantias, sendo estas as disposições assecuratórias que, em defesa daqueles, limitam o poder. Exemplos de garantias constitucionais dos direitos fundamentais são a ação popular, o *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção e o mandado de segurança, usualmente denominadas de remédios constitucionais<sup>105</sup>.

Importante destacar, seguindo as lições de Ada Pellegrini Grinover<sup>106</sup>, que o sentido em que se emprega o termo garantia é mais amplo do que a noção de remédio, eis que por garantia compreende-se qualquer instrumento hábil a concretizar os direitos declarados pela Constituição, sendo lícito, portanto, compreender que há garantias (limitações impostas ao Poder Público) que não decorrem dos remédios constitucionais.

O texto da Constituição vigente prevê, em seu art. 5º, LXIX, que será concedido o mandado de segurança quando houver necessidade de proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, desde que o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder seja autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Com base nisso, pode-se afirmar que o mandado de segurança consubstancia uma importante ferramenta posta à disposição da sociedade, cuja natureza jurídica é de procedimento judicial, e que, conforme percebe a doutrina, favorece o equilíbrio entre os poderes, pois se dispõe a prevenir ou reverter ilegalidades praticadas pelo Poder Público, quer seja um ato executivo, legislativo ou judicial<sup>107</sup>.

No Brasil, o nascedouro do mandado de segurança decorre do desenvolvimento do *habeas corpus* pois, com o advento da República e da Carta Política de 1891, o seu art. 72, § 22<sup>108</sup> deu a este remédio uma abrangência muito maior do que a costumeira na tradição

<sup>105</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 889.

<sup>106</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* TAVARES, André Ramos, *op. cit.*, nota 102, p. 889.

<sup>107</sup> KLIPPEL, Rodrigo; NEFFA JUNIOR, José Antônio. **Comentários à lei de mandado de segurança (Lei nº 12.016/09) artigo por artigo, doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 2.

<sup>108</sup> “Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos

clássica, haja vista que o previu como instrumento competente para afastar quaisquer atos ilegais contrários aos direitos fundamentais dos cidadãos<sup>109</sup>.

Relata-se, na doutrina, que a amplitude dada pelo direito brasileiro ao alcance do remédio jurídico fez surgir no direito comparado o reconhecimento de uma *teoria brasileira do habeas corpus*, a qual foi superada por obra do legislador constitucional de 1926, quando voltou-se a vincular a incidência do instrumento às hipóteses de violação ao direito de locomoção. Os autores em referência prosseguem:

Essa alteração legislativa, restringindo o cabimento do *habeas corpus*, somada a anteriores reclamos da doutrina pela instituição de um remédio processual com as feições do *recurso de amparo* mexicano, que pudesse prover a tutela jurisdicional eficaz contra o desrespeito a certos direitos essenciais do cidadão, culminou com a inclusão na Constituição Federal de 1934 [...] <sup>110</sup>.

Aqui, tendo em vista grande parte da doutrina brasileira compara o mandado de segurança ao “*juízo de amparo*” mexicano, impende destacar um breve parêntesis para explicar o que vem a ser essa figura do direito comparado. Sob as lições de Cretella Junior, “[...] considera-se o amparo como uma projeção do *habeas corpus*, estendido à totalidade dos direitos e das liberdades individuais”<sup>111</sup>, ou seja, trata-se de um remédio da Constituição Mexicana destinado a tutelar direitos subjetivos individuais agredidos por ilegalidade ou abuso de poder.

Voltando ao Brasil, da Constituição de 1934 em diante, o que se pode perceber é que o mandado de segurança foi previsto por todas as Cartas subseqüentes - com exceção da Constituição Polaca de 1937 - (CF/46; CF/67; CF/69; CF/88), tendo sido regulamentada por diversas leis, dentre as quais a Lei nº. 191/1936 (“*Regula o processo do mandado de segurança*”), Código de Processo Civil de 1939 (Arts. 319 a 331); Lei nº. 1.533/51 (“*Altera disposições do Código de Processo Civil, relativas ao mandado de segurança*”), Lei nº. 4.384/64 (“*estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança*”) e Lei nº. 5.021/66 (“*dispõe sobre o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público civil*”). Atualmente, o principal diploma regulador do mandado de segurança é a Lei nº. 12.016/2009.

Entre as Constituições, a Carta de 1988 inovou na matéria pois, em seu art. 5º

---

direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 22 – 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” (Constituição brasileira de 1891).

<sup>109</sup> KLIPPEL, Rodrigo; NEFFA JUNIOR, José Antônio, op cit., nota 104, p. 5.

<sup>110</sup> Ibidem, p. 6-7.

<sup>111</sup> CRETELLA JUNIOR, José. **Do mandado de segurança**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 80.

inciso LXX, previu o mandado de segurança coletivo, tendo conferido legitimação ativa para impetrá-lo aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, às organizações sindicais, às entidades classistas e às associações constituídas há pelo menos um ano, em defesa dos seus membros ou associados.

A expressa menção constitucional veio a ratificar tudo o que se afirmou anteriormente sobre o surgimento e desenvolvimento da tutela coletiva, lembrando que essa tendência deriva de fatores de ordem política, sociológica, econômica, prático-jurídica (quanto a este último, lembra Celso Agrícola Barbi os grandes inconvenientes oriundos de mandados de segurança impetrados em regime de litisconsórcio ativo formado muitas vezes por centenas e até milhares de sujeitos)<sup>112</sup> etc.

Há que se notar, contudo, que parte da doutrina adverte que a percepção das origens do mandado de segurança coletivo no Brasil depende da compreensão dos limites do mandado de segurança individual, pois já era possível tutelar direitos coletivos por meio de um *mandamus* em sua forma tradicional.

Em verdade, o perfil original do mandado de segurança já se prestava à tutela de direitos coletivos, bastando, para tanto, que o impetrante estivesse legitimado. Muito antes da Constituição de 1988, a Lei 4.215, de 1963 (revogada pela Lei 8.906/94), que criou o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, habilitava aquela entidade a “representar, em juízo e fora dele, os interesses gerais da classe dos advogados e os individuais relacionados com o exercício da profissão (art. 1º, parágrafo único). Também a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, de 1946, estabelecia, em seu art. 513, como “prerrogativas dos sindicatos”, entre outras, as de “representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou os interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida”. Não há dúvida de que, ao estabelecer distinção entre “interesses gerais da classe” e “interesses individuais” dos advogados ou dos filiados, aquelas normas conferiram aos primeiros uma nítida característica do que hoje se conhece como direito coletivo. Ora, em mais de uma oportunidade, a jurisprudência admitiu a impetração de mandado de segurança – *individual* – para defender aqueles *interesses gerais da classe*, típicos direitos transindividuais, indivisíveis, pertencentes a um grupo indeterminado de pessoas<sup>113</sup>.

Com efeito, observa-se que o texto da Constituição de 1967, no art. 150, § 21, previu o mandado de segurança nos seguintes termos: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, individual, não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”. Por sua vez, o texto do art. 153, § 21 da Constituição de 1969 suprimiu a expressão “individual”. Por essa razão, Celso Antonio Pacheco Fiorillo<sup>114</sup> afirma vislumbrar na Carta de 69 “a grande novidade em termos

<sup>112</sup> BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 235.

<sup>113</sup> ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., nota 68, p. 209.

<sup>114</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Mandado de segurança coletivo ambiental e a Lei 12.016/09**.

de mandado de segurança”. Nas suas palavras:

Ao se retirar o termo “individual”, que adjetivava o direito a ser tutelado pelo mandado de segurança, permitiu-se a tutela dos direitos que ultrapassavam a órbita do indivíduo. Essa ideia, à época, era reafirmada pela Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65), que previa a coisa julgada com efeitos *erga omnes*, de modo a deixar claro que, apesar de inexistir, à época, uma concepção clara acerca dos direitos coletivos *lato sensu*, tinha-se uma prova viva de que já se pensava num direito que ultrapassava os lindes individuais. Dessarte, não foi por acaso que a palavra “individual”, relativa ao mandado de segurança, foi retirada do Texto Constitucional, e, ainda assim, deixou-se uma brecha que permitiu a tutela dos referidos direitos metaindividuais.

A discussão em tela perpassa, necessariamente, por um questionamento bastante corrente em sede doutrinária, qual seja: em que se distingue o mandado de segurança individual do coletivo?

A este respeito, parte da doutrina compreende que as diferenças fundamentais tocam à legitimidade e ao objeto. Por outro lado, autores como Fiorillo consideram que “[...] o termo coletivo do mandado de segurança diz respeito à regra de legitimidade ativa, todavia, não identifica *o bem objeto da tutela*”, pois não serve somente para tutelar direitos coletivos. Com isso, o autor defende que um direito coletivo pode ser defendido por meio de um mandado de segurança individual, bem como um direito individual por meio de uma ação mandamental coletiva<sup>115</sup>.

Gilmar Mendes<sup>116</sup> pondera que o Supremo Tribunal Federal entende que os princípios basilares do mandado de segurança individual informam e condicionam, no plano jurídico-processual, a utilização do *writ* mandamental coletivo e, por isso, afirma que não se trata de uma nova ação constitucional, mas de um modo diverso de legitimação. Sem embargos, portanto, concordam os citados autores que essa legitimação por meio da substituição processual atribui novas dimensões ao mandado de segurança, fazendo-o consubstanciar-se em verdadeira ação coletiva.

Nesse esteio de raciocínio, pertine considerar que

O mandado de segurança faz parte do *microssistema* de tutela coletiva, composto pela Constituição Federal e por diversos diplomas que regulam procedimentos coletivos específicos, como a Lei de Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Ação Popular, a Lei de Improbidade, etc. Por fazer parte desse microssistema, nele se deve buscar, num primeiro momento, as normas processuais

---

Disponível em: <<http://www.saraivajur.com/menuesquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?Doutrina=1103>>. Acesso em: 13 jun. 2011.

<sup>115</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, op. cit., nota 114, p. 35.

<sup>116</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op.cit., nota 55. p. 634.

específicas à tutela de massa que eventualmente não estejam contidas na Lei 12.016/09<sup>117</sup>.

Com base nessa percepção, convém analisar a relação do mandado de segurança coletivo com o microsistema de tutela coletivo brasileiro para que se possa compreender os contornos dessa modalidade do remédio em estudo.

### **3.2 Relação do mandado de segurança coletivo com o microsistema de tutela coletiva brasileiro**

Em tópico oportuno, foi possível destacar a importância que detêm a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor para o desenvolvimento do processo coletivo no Brasil, sem desconsiderar, por evidente, a relevância da Constituição Federal de 1988.

Àquela ocasião, esclareceu-se que o CDC constitui verdadeiro diploma harmonizador da tutela judicial coletiva no Brasil, pois além de definir as espécies ou modalidades de direitos coletivos *lato sensu* (art. 81, CDC), adéqua o regramento tradicional do CPC a estes direitos, regulando a sistemática processual a ser aplicada nas ações populares, ações civis públicas, ações de improbidade administrativa e até em mandados de segurança coletivos, por expressa previsão do art. 21 da LACP (“Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”), acrescentado pelo art. 117 da Lei nº. 8.078/90, e do art. 90 do mesmo diploma consumerista (“aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347 [...]”).

Percebe-se, neste sentir, que a harmonização promovida pelo CDC à matéria inaugurada pela LACP permite uma ativa intercomunicância entre as ações de trato coletivo podendo gerar, por vezes, certas confusões no que tange à aplicabilidade prática das mesmas. Confusões essas justificáveis inclusive pela percepção de que um determinado fato pode acarretar lesão, concomitantemente, direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Não se pode, todavia, confundir as referidas ações, importando traçar melhor os contornos da ação civil pública, expoente do processo coletivo, e do mandado de segurança coletivo.

Teori Albino Zavascki explica que a ação civil pública é um procedimento forjado com base na natureza dos direitos que se presta a tutelar: os direitos transindividuais (difusos

---

<sup>117</sup> KLIPPEL, Rodrigo. NEFFA JUNIOR, José Antônio, op. cit., nota 107, p. 309.

e coletivos). Apesar de destacar a importância didática dessa delimitação de objeto, pondera que, normalmente, a denominação ação civil pública é utilizada de forma indistinta para referir-se a quase totalidade das ações coletivas, inclusive àquelas que versam sobre direitos individuais homogêneos<sup>118</sup>.

Com efeito, o art. 1º da Lei Federal que disciplina a Ação Civil Pública estabelece como objetos alvos de proteção: o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a ordem econômica, urbanística e quaisquer outros interesses difusos ou coletivos. Conforme se vislumbra, trata-se de bens jurídicos de inestimado valor para a sociedade.

Já com base nisso, torna-se possível apontar o interesse público – registre-se que não se está referindo ao interesse da figura do Estado, mas ao interesse social – com o qual se revestem as ações civis públicas. Por óbvio, não se quer afirmar, com isso, que não haja interesse público em outras ações, inclusive nas individuais, até porque, como se sabe, a própria atividade jurisdicional é imbuída de tal interesse, haja vista a sua função primeira de resolução de conflitos e pacificação social. Entretanto, o fato de ações ora estudadas se prestarem à defesa direitos difusos preenche todo seu conteúdo com o interesse público, o que se ratifica, até mesmo, pela dificuldade em distinguir interesse social e difuso.

Ada Pellegrini Grinover entende que interesses sociais são

Interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massas, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classe de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando de suas necessidades e anseios<sup>119</sup>.

A seu turno, Antonio Herman Benjamin assevera:

É a unanimidade social, pois, que dá ao interesse público uma de suas mais marcantes características: a sua rejeição à ideia de contra-princípios ou contra-interesses, tão comuns no campo dos outros interesses tipicamente supraindividuais (difusos e coletivos stricto sensu).

[...]

Nesse sentido moderno e macro que se pretende agregar ao tema e sem que isso signifique excluir a intervenção judicial, pode-se dizer que o campo ideal de conformação, manifestação e implementação do interesse público é o universo das

<sup>118</sup> ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., nota 68, p. 65-66.

<sup>119</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, *apud* FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Considerações sobre interesse social e interesse difuso. In: MILARÉ, Edis. **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 62.

políticas públicas. Protegê-lo não depende, fatalmente, da organização de seus titulares, já que, presumem-se, os formuladores de políticas estão conscientes da sua importância; aliás, toda a atividade legislativa, administrativa e judicial orienta-se e legitima-se pela pregação da defesa do interesse público.

Em síntese, o interesse público, para que se lhe dê algum sentido no cotejo com os outros interesses supraindividuais, não pode ser uma simples realidade quantitativa, depende do número de indivíduos (= condôminos sociais) que o partilham; ao revés, por pairar solitário, inconteste e sem costuras ou rachaduras no meio ambiente social, tem raízes mais profundas, que lhe conferem uma natureza jurídica diversa na família da metaindividualidade. Quem deixar de compreender essa sua faceta, não estará habilitado a distingui-lo, das outras categorias que lhe fazem sombra<sup>120</sup>.

Antonio Augusto Camargo Ferraz analisando essa dificuldade, procura compatibilizar os conceitos de interesse difuso e interesse social, ponderando que os dois aparentam ser iguais. Por meio de uma observação empírica e, bem assim, buscando respaldo em ideias de autores como Ada Pellegrini Grinover, Mancuso, Dinamarco, entre outros, Camargo Ferraz considera que, em ambos, há sujeito indeterminado e objeto indivisível, concluindo que é razoável considerar interesse difuso como uma espécie do gênero interesse social<sup>121</sup>.

Acredita-se que essa intrínseca relação estabelecida entre a ação civil pública e o interesse social justifica as características inerentes àquela modalidade de tutela de direitos coletivos e já torna possível perceber as diferenças que guarda com o mandado de segurança coletivo. Importa, para os fins desta pesquisa, analisar duas dessas características com mais acuidade: a legitimação e abrangência da sentença proferida.

No que toca à legitimação ativa, a Lei nº. 7.347/85 prevê o seguinte rol: Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista e associações constituídas há pelo menos um ano nos termos da lei civil e que inclua entre seus fins a proteção aos direitos sob tutela dessa lei. Como se percebe, um rol bastante amplo e decorrente da coincidência da função revelada pela ação civil e pelos elencados. Dito de outro modo, os entes previstos em lei como legitimados para propor ação civil pública somente o são porque têm relevante papel para a manutenção do interesse público, demonstrando que a acp é “[...] apta a garantir a efetiva participação da sociedade por intermédio do Poder Judiciário”<sup>122</sup>.

<sup>120</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. Apud FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Ação civil pública – Gizamento Constitucional**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-7-JULHO-LUCIA-VALLE.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2011.

<sup>121</sup> FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Considerações sobre interesse social e interesse difuso. *In*. MILARÉ, Edis. **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 67-68.

<sup>122</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito

O Ministério Público, principal legitimado, é referido pelo art. 127 da Constituição como uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Bem assim, impossível dissociar o interesse público da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, entes da administração pública direta; da Defensoria Pública, pessoa jurídica de direito público interno, e, tampouco, das autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, componentes da administração pública indireta.

As associações são o próprio povo. Não todo o povo, evidentemente, mas parcela dele que se encontra reunida para fins não econômicos (art. 53, Código Civil). Por tal razão, não se poderia querer retirar das associações o interesse social, como bem explicitou Álvaro Luiz Valery Mirra:

Tais peculiaridades dos direitos e interesses difusos põe à mostra o significado político da sua proteção, na medida em que, apesar de serem direitos supra-individuais e indisponíveis, não tem e não podem ter no Estado o titular único e exclusivo da persecução da sua satisfação, impondo-se a abertura de canais para a participação democrática dos indivíduos e dos diversos grupos sociais em sua tutela<sup>123</sup>.

Entretanto, tendo em vista o fato de pretenderem tutela para um bem metaindividual, exige-se desses legitimados uma representatividade adequada da sociedade, razão pela qual se lhes impõe certos limitadores, que podem variar de acordo com os ordenamentos jurídicos, sendo exemplos: tempo mínimo de existência, número de associados, verificação de atividades concretas, delimitações geográficas, etc<sup>124</sup>.

No caso do Brasil, a legitimação das associações para defesa de interesses difusos pressupõe (de acordo com o art. 5º, V, a, b, da Lei nº. 7.347/85, e art. 82, IV, CDC): a constituição de acordo com a lei civil, tendo portanto, personalidade jurídica própria; pelo menos um ano de existência, desestimulando, assim, eventuais excessos em proposituras de ações civis públicas; e o “[...] liame objetivo expresso nos estatutos entre a pretensão deduzida na demanda e os fins institucionais da demandante”, este, mais diretamente ligado ao interesse de agir<sup>125</sup>.

---

vigente ao direito projetado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 116.

<sup>123</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery, op. cit., nota. 122, p. 115.

<sup>124</sup> Ibidem, p. 116-119.

<sup>125</sup> Zavascki, Teori Albino, op. cit., nota 68, p. 75-76.

Oportuno registrar, ainda, que, tanto a Lei da Ação Civil Pública (art. 5º, § 4º), quanto a Lei nº. 8.078/90 (art. 82, § 1º) autorizam o magistrado a dispensar o requisito de tempo mínimo de constituição de um ano nos casos em que haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico sob tutela.

No que atine aos efeitos da sentença, já se explicou em momento oportuno que o Código de Defesa do Consumidor regula a matéria nos art. 103 e 104, por meio dos quais, em síntese, estabelece que a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, no caso de direito ou interesse difuso; *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, no caso de direito ou interesse coletivo e *erga omnes*, para beneficiar as vítimas e seus sucessores quando se tratar de interesses individuais homogêneos. Esse regramento se aplica às ações civis públicas por força do art. 21 da LACP, contudo, o art. 16 da referida lei, cuja redação lhe fora dada pela 9.494/97, dispõe que a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator.

Não se pretenderá discutir o mérito da opção legislativa em restringir o alcance da sentença proferida em sede de ação civil pública, contudo, insta destacar que a doutrina, quase em sua totalidade, critica a nova redação do citado art.16. Luiz Norton Baptista de Mattos, a exemplo, pondera que o art. 93 do CDC prescreve a competência do foro do Distrito Federal ou da Capital do Estado para os danos de âmbito nacional ou regional, revelando que a sentença deverá ter eficácia em todo o território onde ocorreu a lesão. Ademais, pontua que a nova regra não se coaduna com a natureza indivisível dos bens jurídicos tutelados e, ainda, que, embora a competência para apreciar as ações civis públicas seja dos órgãos jurisdicionais de primeira instância, a discussão poderá atingir instâncias superiores por via de recurso, fazendo com que os limites da coisa julgada variem na proporção das instâncias ou graus de jurisdição percorridos<sup>126</sup>.

Por outro lado, o mandado de segurança coletivo não foi um procedimento especialmente criado para tutela de direitos difusos, tendo se desenvolvido a partir da modalidade individual. O art. 1º da lei regulamentar vigente (Lei nº. 12.016/2009), em alinhamento ao art. 5º, LXIX, da Constituição prevê a concessão do mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que,

---

<sup>126</sup> MATTOS, Luiz Norton Baptista de. A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e os Anteprojetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 204-205.

ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Ao tratar da modalidade coletiva, o art. 21 da nova Lei do Mandado de Segurança limita-se apenas a dispor sobre os legitimados e os direitos protegidos pelo manto desse remédio constitucional, sendo possível compreender que o objeto do *writ* coletivo coincide com o do individual, qual seja: direito líquido e certo ilegalmente violado, ou sob ameaça de ser, por parte de autoridade pública. Conforme se observa, trata-se de um procedimento bastante específico e diferenciado, cercado de peculiaridades para constituir uma verdadeira garantia posta à disposição do governado com vistas a limitar o poder público, evidentemente, ligado a sua liberdade civil e política.

Uma dessas peculiaridades é que, no mandado de segurança, para que haja interesse de agir (em sua modalidade adequação) o direito afirmado pelo impetrante tem que ser líquido e certo, ou seja, tem que advir de fatos certos, que possam ser comprovados imediatamente, por meio de provas documentais pré-constituídas e inequívocas<sup>127</sup>. Trata-se de um conceito extra normativo, construído pela doutrina e jurisprudência pátrias e que revela uma conotação eminentemente processual, criadora de ônus ao impetrante que, juntamente com a inicial deverá comprovar documentalmente a liquidez e a certeza dos fatos que amparam o seu direito. Dito isso, impende destacar: “[...] o direito é sempre líquido e certo. A caracterização da imprecisão e incerteza recai sobre os fatos, que necessitam de comprovação. [...]”<sup>128</sup>.

Outra importante característica diz respeito à causa de pedir e ao pedido do *writ* mandamental. Quanto à causa de pedir, os próprios termos da lei deixam clara a necessidade de ter sido, ou de estar prestes a ser cometido um ato eivado de ilegalidade ou com abuso de poder por parte de autoridade pública ou de figuras que lhe sejam comparáveis, como as hipóteses do § 1º, art. 1º, da Lei nº. 12.016/2009. Não se adentrará no exame dos conceitos de ilegalidade e abuso de poder, haja vista que, com isso, enveredar-se-ia pelos rumos do direito administrativo., mas, para os fins aqui pretendidos, basta que sejam compreendidos como atos maculados e que não se coadunam ao ordenamento jurídico. Desta maneira, o pedido veiculado em uma ação mandamental deve estar adstrito ao ato ilegal denunciado, havendo o interesse em preveni-lo ou reprimi-lo.

---

<sup>127</sup> MS 20.882/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno; MS 26.533-0 - Agr-Agr/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno.

<sup>128</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 139.

Além dessas, inúmeras outras características dão ao mandado de segurança feição especial, contudo, para pelo objeto desta pesquisa, há que se destacar a relevância de uma: a sentença proferida em mandado de segurança coletivo fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante, por força do art. 22 da nova Lei de Mandado de Segurança.

Por todo o exposto, é possível perceber que são inúmeras as diferenças entre o mandado de segurança coletivo e a ação civil pública: legitimação ativa, objeto, rito – notadamente quanto à inexistência de dilação probatória em sede de *mandamus* coletivo, efeitos da coisa julgada.

Contudo, ainda assim, cabe reafirmar que determinadas situações podem engendrar a proposição de mais de uma ação coletiva ao mesmo tempo, o que se prova com a existência da súmula nº 101 do STF, a qual dispõe: “O mandado de segurança não substitui a ação popular”. Neste sentido, incumbe ao legitimado eventual, dentre as possibilidades que se lhe apresentam, optar pelo instrumento que melhor atenda à pretensão formulada segundo critérios como: o tipo de provimento pretendido, a amplitude que se espera dar ao provimento jurisdicional, as vantagens que cada rito possa apresentar etc.

Especificamente no que toca à legitimação dos partidos políticos para impetração do mandado de segurança coletivo, a dicção da nova lei trouxe alterações em relação à redação normativa anterior, sendo necessário, portanto, analisá-la.

### **3.3 Legitimação dos partidos políticos na Lei nº. 12.016/09 (Nova Lei de Mandado de Segurança)**

Por primeiro, para que se possa vislumbrar de forma panorâmica o tema que ora se inicia, convém estudar o dispositivo que trata da legitimação dos partidos políticos para impetração do mandado de segurança coletivo presente na nova lei (art. 21) à luz da norma anterior correspondente, ou seja, art. 5º, LXX da Constituição Federal de 1988.

Art. 5º, LXX, CF de 88: O mandado de segurança coletivo poderá ser impetrado por:  
a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Infraconstitucionalmente, estabelece-se:

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I – coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular o grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica. II – individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Partindo da letra da nova Lei de Mandado de Segurança, parece inegável que houve uma opção em restringir os limites da atuação dos partidos políticos por meio de mandado de segurança coletivo, notadamente, sob dois aspectos distintos: 1) definiu-se que o remédio será utilizado para defesa dos seus integrantes; 2) estipulou-se como direitos protegidos os coletivos e os individuais homogêneos, excluindo-se do rol os difusos.

Como se afirmou, os partidos políticos são uma realidade viva, cuja importância social hodiernamente é inegável. Com efeito, o art. 1º da lei que os regulamenta (Lei nº. 9.096/95) dispõe que “O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal”, e, bem assim, diversos dispositivos constitucionais, como art. 1º, art. 14, art. 17, deixam claro que os partidos têm intrínseca relação com os fundamentos da República Federativa do Brasil e papel fundamental para a consecução dos seus objetivos, definidos no art. 3º da Lei Principal. Outrossim, os compromissos ou finalidades assumidos pelos partidos em seus estatutos são demasiadamente abrangentes, envolvendo genericamente quase todo o dirieto.

Justamente com base nessa compreensão é que a doutrina, não raras vezes, defende amplas possibilidades de atuação aos partidos políticos, inclusive através do mandado de segurança coletivo como meio de defesa de interesses que não se limitam aos filiados. Neste rumo, Zavascki, logo após destacar que a limitação feita no final da alínea “b” do art. 5º, LXX (em relação aos interesses dos membros ou associados) não consta na alínea “a”, elucida que:

Dois argumentos militam fortemente em outro sentido. Primeiro, a inexistência da limitação no texto constitucional, o que é especialmente significativo ante a menção expressa a ela no inciso seguinte do mesmo dispositivo, a evidenciar que a omissão anterior não foi desatenta, merecendo, por isso mesmo, interpretação que lhe dê sentido adequado. Segundo, pela singular natureza do partido político,

substancialmente diversa demais entidades legitimadas. Com efeito, as associações – sindicais, classistas e outras – têm como razão existencial o atendimento de interesses ou de necessidades de seus associados. Seu foco de atenção está voltado diretamente para seus associados que, por sua vez, a ela confluíram justamente para receber atenção e o atendimento de necessidade ou de interesse próprio e peculiar. É natural, portanto, e apropriado à natureza dessas entidades, que, ao legitimá-las para impetrar mandado de segurança, o constituinte tenha estabelecido como objetivo da demanda a defesa dos interesses dos próprios associados, limitação inteiramente compatível com o móvel associativo. O que ocorre nos partidos políticos, entretanto, é um fenômeno associativo completamente diferente. Os partidos políticos não têm como razão de ser a satisfação de interesses ou necessidades particulares de seus filiados, nem são eles o objeto das atividades partidárias. Ao contrário das demais associações, cujo objeto está voltado *para dentro de si mesmas*, já que ligado diretamente aos interesses dos associados, os partidos políticos visam a *objetivos externos*, só remotamente relacionados a interesses específicos de seus filiados<sup>129</sup>.

O autor em referência explica que, não tendo o texto da Constituição imposto limites quanto à natureza dos direitos tuteláveis, não se poderia excluir desse âmbito os direitos transindividuais, sendo exigível, entretanto, que haja pertinência temática entre os direitos tutelados no caso concreto e os fins e programas afirmados pelo partido impetrante. Para ele, assim, plenamente adequado “[...] um partido político, cuja bandeira seja a proteção do meio ambiente natural, impetre mandado de segurança contra ato de autoridade lesivo ao equilíbrio ecológico [...]”<sup>130</sup>, que, como se sabe, consubstancia-se em um direito transindividual, e indivisivelmente pertencente a toda sociedade<sup>131</sup>.

Compartilhando da crítica, Adriano Perácio de Paula argumenta que a limitação da impetração para defender apenas os filiados resulta em limitação da função do próprio mandado de segurança, subvertendo uma garantia fundamental com estofamento constitucional. Prossegue fundamentando através da menção da legitimação do partido político para propor ação direta de inconstitucionalidade (hipótese em que o alcance da decisão não se restringe aos filiados políticos) e, também, da ação civil pública, “[...] na qual não se acolhe a tese de que a decisão somente alcance as pessoas que componham os quadros associativos da entidade”<sup>132</sup>.

Como se vê, o tema ganha volume quando se perquire se a redução promovida pela legislação infraconstitucional é amparada pela Carta Política, sendo certo que essa

<sup>129</sup> ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., nota 68, p. 212.

<sup>130</sup> Ibidem, p. 209-213.

<sup>131</sup> Neste ponto, pede-se licença para registrar que não se compreende a razão pela qual Zavascki defende maior amplitude das possibilidades do mandado de segurança coletivo para abarcar direitos transindividuais pois, conforme transcrito na nota 86 deste trabalho, o mesmo autor percebeu que, no direito positivo vigente, a ação mandamental coletiva se presta à tutela coletiva de direitos. Destaque-se que as idéias objeto da nota 86 e das notas 113 e 114 provêm de textos diferentes daquele autor, mas ambos são anteriores à nova lei de mandado de segurança.

<sup>132</sup> PAULA, Adriano Perácio de. Do procedimento do mandado de segurança coletivo. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança**: 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

discussão deverá ser enfrentada pelo Judiciário, quer por meio de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade.

Importante observar, inclusive, que a questão posta já chegou a ser discutida nos Tribunais Superiores. A exemplo, no REExt nº. 196.184-4 (D.J. 18.02.2005), a amplitude da legitimação dos partidos políticos para impetrar mandado de segurança coletivo, notadamente quanto aos direitos difusos, foi incidentalmente debatida (eis que no caso concreto o direito discutido era individual e não coletivo). Naquela oportunidade, a Ministra Relatora Ellen Gracie e os Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio defenderam a possibilidade de os partidos saírem em defesa de direitos coletivos e difusos não limitados aos associados. Por outro lado, os demais Ministros votantes: Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Vellozo, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim, então Presidente do STF, ressaltaram objeção a uma legitimação ampla e irrestrita dos partidos políticos. Este último ressaltou: “Creio que a meditação, com relação à questão do partido político, é exatamente ele não ser representativo da sociedade, mas de parte dela. Tanto e que é partido. [...]”<sup>133</sup>.

Outro importante precedente está no julgado dos embargos de declaração em mandado de segurança nº. 197/DF, da relatoria do Ministro Garcia Vieira, cuja ementa se transcreve:

Embargos declaratórios - Mandado de segurança coletivo – partido político. A exemplo dos sindicatos e das associações, também, os partidos políticos só podem impetrar mandado de segurança coletivo em assuntos integrantes de seus fins sociais em nome de filiados seus, quando devidamente autorizados pela lei ou por seus estatutos. Não pode ele vir a juízo defender direitos subjetivos de cidadãos a ele não filiados ou interesses difusos e sim direito de natureza política, como por exemplo, os previstos nos artigos 14 a 16 da Constituição Federal. Embargos rejeitados.

Vislumbra-se a intenção do legislador em limitar o âmbito de atuação dos partidos políticos por meio de mandado de segurança coletivo parece vir sendo acompanhada pelos Tribunais Superiores do nosso país. Todavia, a compreensão dos limites e da eficácia da legitimação dos partidos políticos para tutela coletiva por meio de ação mandamental demanda, ainda, que se interprete a expressão “finalidade partidária” (presente no caput do dispositivo para estabelecer que o *mandamus* coletivo se presta à defesa dos interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à *finalidade partidária*).

Aqui, se enxergam duas possibilidades para essa interpretação: a) “finalidade partidária” como detentora de um sentido amplo, relacionado com à função que os partidos

---

<sup>133</sup> Excerto extraído do voto do Ministro Nelson Jobim no REExt nº. 196.184-4. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 jun. 2011.

detém junto à sociedade, evidenciado por meio dos abrangentes estatutos de tais associações, b) restritivamente, de modo que “finalidade partidária” compreenda as finalidades voltadas somente para o interior do próprio partido, necessárias para conduzi-lo à conquista e ou à manutenção do poder, o que, em verdade, constitui a finalidade primária de todos os partidos políticos, conforme já se teve oportunidade de averiguar.

Acredita-se que essa segunda interpretação torna harmônico o tratamento da matéria, pois se a finalidade partidária for compreendida como a intenção do partido de conquistar e manter o poder, há perfeita concordância entre com os interesses dos associados. Neste sentido, então, plenamente aceitável que o rol de direitos previstos pela nova Lei do Mandado de Segurança se refira apenas aos coletivos e aos individuais homogêneos, haja vista que caso houvesse previsão de tutela dos direitos difusos, toda a coletividade seria beneficiada, e não somente os integrantes de um determinado partido impetrante.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A transcendência de direitos ou interesses, e até mesmo a tutela jurídica coletiva de direitos individuais, pode ser traduzida como a evolução do pensamento jurídico, especialmente possibilitada pela capacidade de se vislumbrar as alterações no modo de organização das sociedades, que passaram por transformações gradativas no sentido da massificação, industrialização e globalização, tornando-se cada vez mais complexas.

As motivações para essa evolução foram as mais diversas: políticas, econômicas, sociológicas, jurídicas propriamente ditas. Os resultados também são inúmeros, dentre os quais se destacam: redução dos custos com a atividade jurisdicional, uniformização de decisões e, conseqüentemente, valorização da isonomia, incremento da celeridade processual e da eficácia dos direitos, entre outros tantos que contribuem para a elevação do direito a um patamar pós-positivista e cada vez mais próximo do tão almejado “pleno acesso à Justiça”.

Nesse contexto, o Brasil assume papel vanguardista no desenvolvimento do direito coletivo, dispondo, atualmente, de um verdadeiro microssistema de tutela coletiva, cujos expoentes são a Lei nº. 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, e a Lei nº. 8.078/90, que institui o Código de Defesa do Consumidor, ambos sob a vetusta da Constituição Federal de 1988.

Ocorre que a análise normativa das ações que se prestam à tutela coletiva e, bem assim, a observação da aplicabilidade prática das mesmas, revela que há situações que podem ser discutidas por meio de mais de um tipo de ação simultaneamente. Como objeto desta pesquisa, destacou-se a possível confluência que pode haver entre a utilização, por um partido político, de ação civil pública e do mandado de segurança coletivo, atualmente previsto pelo art. 5º, LXX, CF e disciplinado pela Lei nº. 12.016/2009.

A doutrina vem defendendo mínimas restrições à atuação dos partidos políticos através do mandado de segurança coletivo. Como argumento, sustentam que tais entes se compatibilizam e atendem à finalidade da tutela coletiva, o que se corrobora a partir da análise da própria razão de existência e função social das agremiações partidárias, notadamente no que atine à representação do povo e do poder que dele emana.

Essa ampla atuação por meio de *writ* coletivo representaria, na prática, a possibilidade das associações partidárias defenderem direitos que não se limitam aos seus

filiados, ou seja, além de interesses individuais homogêneos e coletivos, haveria possibilidade de tutela de direitos difusos, de modo que a sentença resultante de uma ação mandamental coletiva impetrada por determinado partido político com representação no Congresso Nacional faria coisa julgada *erga omnes* e não limitada pelo âmbito de competência territorial do juiz prolator, destoando, portanto, do procedimento dedicado à ação civil pública, para a qual os partidos são igualmente legitimados. Neste sentir, o mandado de segurança coletivo consubstanciaria ferramenta hábil a supervalorizar os partidos políticos, eis que suas possibilidades de atuação superariam tanto os seus próprios limites de ação, como os do Ministério Público por meio de ação civil pública, instrumento que, como se viu, tem ligação intrínseca com os interesses socialmente relevantes.

No entanto, apesar dos embargos da doutrina, a intenção da nova lei do mandado de segurança é restringir essa ampla possibilidade atuação dos partidos políticos por meio da ação mandamental, o que, inclusive, vem sendo acompanhado pelo entendimento dos tribunais superiores. Contudo, os termos em que essa restrição foi feita pela lei de 2009 ainda precisam ser melhor esclarecidos, pois o fato de prever como direitos tuteláveis apenas os coletivos e os individuais homogêneos pode não ser suficiente para promover essa limitação, e também parece não ser compatível com a expectativa generalizada em torno do assunto.

Em verdade, a própria legislação, notadamente o Código de Defesa do Consumidor, traz os conceitos de cada categoria de direitos transindividuais, mas na prática essa distinção não se mostra tão nítida como pretendido uma vez que os direitos não podem ser concebidos como valores estáticos e invariáveis dentro de uma pretensa classificação, o que se evidencia quando se observa que determinado direito individual homogêneo, a depender da relevância do interesse público, pode transcender e passar a ser de interesse de toda a coletividade, indeterminadamente. Outrossim, ainda que se consiga distinguir cada modalidade de direito transindividual em dado caso concreto, há que se ter em mente que determinado fato pode ofender tanto direitos meramente individuais como coletivos *lato sensu*, simultaneamente, ratificando a problemática da confluência de ações.

Além da insuficiência da limitação intentada pela legislação (mediante a exclusão dos direitos difusos do rol dos defensáveis por meio do mandado de segurança coletivo), a utilização da expressão “finalidade partidária”, presente em seu art. 21, *caput*, também se mostrou vaga e imprecisa pois, a partir da análise das propostas dos partidos, percebe-se que são listadas amplas finalidades, o que, em tese, os legitimaria para defender quaisquer espécies de direitos e interesses pela via mandamental.

Longe de pretender minorar a importância social que os partidos políticos detêm,

urge lembrar que a própria ciência política e a sociologia os conceituam como organizações de pessoas que, movidas por interesses comuns, buscam tomar o poder e nele conservar-se. A título de sugestão, portanto, propõe-se que a expressão “finalidade partidária” constante na lei seja interpretada não como sinônimo das finalidades insculpidas nos estatutos dos partidos políticos, mas como a finalidade precípua de todas as agremiações: a conquista e a manutenção do poder político. Deste modo, acredita-se que melhores contornos serão dados ao dispositivo legal, evitando equívocos processuais acerca da legitimação para tutela de direitos e interesses fora do alcance dos estatutos partidários.

O quadro atual do processo coletivo revela que, na prática, os partidos políticos detém a condição de optar pela melhor forma de medida que pretende adotar no caso concreto: mandado de segurança coletivo ou ação civil pública, devendo levar em consideração circunstâncias como: a celeridade processual, a necessidade ou não de produzir provas mediante uma dilação probatória, a amplitude que se pretende dar aos efeitos da decisão.

Destaca-se que o mandado de segurança coletivo se mostra como uma opção, e não como a única forma de atuação dos partidos políticos para tutelar direitos coletivos, de modo que, presentes os requisitos autorizadores do *mandamus*, e, desde que as pretensões do impetrante visem atingir apenas seus filiados, o *writ* evidencia-se como instrumento, eventualmente, mais eficaz que a ação civil pública.

Em conclusão, acredita-se que, de fato, são necessárias certas restrições à atuação dos partidos políticos em defesa dos direitos transindividuais, sob pena de haver uma sobreposição destes em relação ao Ministério Público e, ainda, pelo receio que as ações destinadas à tutela coletiva sejam utilizadas mascaradamente como instrumentos de disputa pelo poder político, desvirtuando-as e banalizando-as. Infelizmente, a experiência empírica tem fornecido à sociedade esse receio, pois os partidos aparentam ser cada vez mais partidos de pessoas, e de patronagem, e não de ideologias. Enfim, o anseio de conferir ilimitadas possibilidades de atuação aos partidos políticos mostra-se adequado em um plano ideal, mas talvez desapegado da realidade fática vivenciada, conducente, em última instância, à ineficácia do Direito e ao descrédito da Jurisdição.

## REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. **O que é política?** 3. ed. Tradução de Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à ciência política.** 17. ed. São Paulo: Globo, 2005.
- BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 23 abr. 2011.
- BENJAMIN, Antônio Herman. *apud* FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Ação civil pública – Gizamento Constitucional.** Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-7-JULHO-LUCIA-VALLE.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2011.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política:** a filosofia e as lições dos clássicos. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política.** 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRAICK, Patrícia Ramos. **História:** das cavernas ao terceiro milênio. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2006.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil.** 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, vol. 1.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Do mandado de segurança.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- DIAS, Reinaldo. **Ciência política.** São Paulo: Atlas, 2008.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil:** processo coletivo. 3. ed. Bahia: Jus Podivm, 2008, vol. 4.
- Enrico Tullio Liebman. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/imortal.asp?id=10>>. Acesso em: 04 maio 2011.
- FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Considerações sobre interesse social e interesse difuso. In: MILARÉ, Edis. **A ação civil pública após 20 anos:** efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Mandado de Segurança Coletivo Ambiental e a Lei 12.016/09**. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com/menuesquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?Doutrina=1103>>. Acesso em: 13 jun. 2011.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes Fontes. A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: estudo analítico de suas possibilidades e limites. *In*. MILARÉ, Edis. **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. Tradução de Luis Cláudio de Castro e Costa. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

GOMES, Luis Flavio. **Normas, regras e princípios**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7527/normas-regras-e-principios>>. Acesso em: 22 maio 2011

GOMES Neto, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica dessa concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos. *In*: MILARÉ, Edis. **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

História da Justiça Eleitoral. Disponível em: <[http://www.tre-rn.gov.br/nova/inicial/links\\_especiais/centro\\_de\\_memoria/artigos/historia\\_justicaeleitoral.htm](http://www.tre-rn.gov.br/nova/inicial/links_especiais/centro_de_memoria/artigos/historia_justicaeleitoral.htm)>. Acesso em: 20 maio 2011

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOLTHE, Leo Van. **Direito constitucional**. 5.ed. Bahia: Jus Podivm, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLIPPEL, Rodrigo; NEFFA JUNIOR, José Antônio. **Comentários à lei de mandado de segurança (Lei nº 12.016/09) artigo por artigo, doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1.

MARTINS-COSTA, Judith. **O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no Projeto de Código Civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/383/4/r139-01.pdf>>. Acesso em: 22 maio

2011.

MATTOS, Luiz Norton Baptista de. A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e os Anteprojetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

**Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado/ coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos**. Temas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1984.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PAULA, Adriano Perácio de. Do procedimento do mandado de segurança coletivo. In: BUENO, Cassio Scarpinella. ALVIM, Eduardo Arruda. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 1972.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Ação civil pública: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade. In: MILARÉ, Edis. **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.