

Volumen 2 - Número 3 - Julio/Septiembre 2015

REVISTA INCLUSIONES

REVISTA DE HUMANIDADES
Y CIENCIAS SOCIALES

ISSN 0719-4706

Homenaje a

Juan Antonio Seda

MIEMBRO DE HONOR COMITÉ INTERNACIONAL
REVISTA INCLUSIONES



UNIVERSIDAD DE LOS LAGOS
CAMPUS SANTIAGO

Portada: Felipe Maximiliano Estay Guerrero

CUERPO DIRECTIVO

Directora

Mg. Viviana Vrsalovic Henríquez
Universidad de Los Lagos, Chile

Subdirectora

Lic. Débora Gálvez Fuentes
Universidad de Los Lagos, Chile

Editor

Drdo. Juan Guillermo Estay Sepúlveda
Universidad de Los Lagos, Chile

Secretario Ejecutivo y Enlace Investigativo

Héctor Garate Wamparo
Universidad de Los Lagos, Chile

Cuerpo Asistente

Traductora: Inglés – Francés

Lic. Ilia Zamora Peña
Asesorías 221 B, Chile

Traductora: Portugués

Lic. Elaine Cristina Pereira Menegón
Asesorías 221 B, Chile

Diagramación / Documentación

Lic. Carolina Cabezas Cáceres
Asesorías 221 B, Chile

Portada

Sr. Kevin Andrés Gamboa Cáceres
Asesorías 221 B, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Mg. Carolina Aroca Toloza

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Dr. Jaime Bassa Mercado

Universidad de Valparaíso, Chile

Dra. Heloísa Bellotto

Universidad de San Pablo, Brasil

Dra. Nidia Burgos

Universidad Nacional del Sur, Argentina

Mg. María Eugenia Campos

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Lancelot Cowie

Universidad West Indies, Trinidad y Tobago

Lic. Juan Donayre Córdova

Universidad Alas Peruanas, Perú

Dr. Gerardo Echeita Sarrionandia

Universidad Autónoma de Madrid, España

Dr. Juan Manuel González Freire

Universidad de Colima, México

Mg. Keri González

Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México

Dr. Pablo Guadarrama González

Universidad Central de Las Villas, Cuba

Mg. Amelia Herrera Lavanchy

Universidad de La Serena, Chile

Dr. Aleksandar Ivanov Katrandzhiev

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Mg. Cecilia Jofré Muñoz

Universidad San Sebastián, Chile

Mg. Mario Lagomarsino Montoya

Universidad de Valparaíso, Chile

Dr. Claudio Llanos Reyes

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Dr. Werner Mackenbach

Universidad de Potsdam, Alemania

Universidad de Costa Rica, Costa Rica

Ph. D. Natalia Milanesio

Universidad de Houston, Estados Unidos

Dra. Patricia Virginia Moggia Münchmeyer

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Ph. D. Maritza Montero

Universidad Central de Venezuela, Venezuela

Mg. Julieta Ogaz Sotomayor

Universidad de Los Andes, Chile

Mg. Liliana Patiño

Archiveros Red Social, Argentina

Dra. Rosa María Regueiro Ferreira

Universidad de La Coruña, España

Mg. David Ruete Zúñiga

Universidad Nacional Andrés Bello, Chile

Dr. Efraín Sánchez Cabra

Academia Colombiana de Historia, Colombia

Dra. Mirka Seitz

Universidad del Salvador, Argentina

Lic. Rebeca Yáñez Fuentes

Universidad de la Santísima Concepción, Chile

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Comité Científico Internacional de Honor

Dr. Carlos Antonio Aguirre Rojas

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dra. Patricia Brogna

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Horacio Capel Sáez

Universidad de Barcelona, España

Dra. Isabel Cruz Ovalle de Amenabar

Universidad de Los Andes, Chile

Dr. Adolfo Omar Cueto

Universidad Nacional de Cuyo, Argentina

Dra. Patricia Galeana

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Carlo Ginzburg Ginzburg

Scuola Normale Superiore de Pisa, Italia

Universidad de California Los Ángeles, Estados Unidos

Dra. Antonia Heredia Herrera

Universidad Internacional de Andalucía, España

Dra. Zardel Jacobo Cupich

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Miguel León-Portilla

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Miguel Rojas Mix

Coordinador la Cumbre de Rectores Universidades Estatales América Latina y el Caribe

Dr. Luis Alberto Romero

CONICET / Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Adalberto Santana Hernández

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Director Revista Cuadernos Americanos, México

Dr. Juan Antonio Seda
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Miguel Ángel Verdugo Alonso
Universidad de Salamanca, España

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Comité Científico Internacional

Ph. D. María José Aguilar Idañez
Universidad Castilla-La Mancha, España

Dr. Luiz Alberto David Araujo
Universidad Católica de San Pablo, Brasil

Mg. Elian Araujo
Universidad de Mackenzie, Brasil

Dra. Ana Bénard da Costa
Instituto Universitario de Lisboa, Portugal
Centro de Estudios Africanos, Portugal

Dra. Noemí Brenta
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Ph. D. Juan R. Coca
Universidad de Valladolid, España

Dr. Antonio Colomer Vialdel
Universidad Politécnica de Valencia, España

Dr. Christian Daniel Cwik
Universidad de Colonia, Alemania

Dr. Carlos Tulio da Silva Medeiros
Universidad Federal de Pelotas, Brasil

Dr. Miguel Ángel de Marco
Universidad de Buenos Aires, Argentina
Universidad del Salvador, Argentina

Dr. Andrés Di Masso Tarditti
Universidad de Barcelona, España

Ph. D. Mauricio Dimant
Universidad Hebrea de Jerusalén, Israel

Dr. Jorge Enrique Elías Caro
Universidad de Magdalena, Colombia

Dra. Claudia Lorena Fonseca
Universidad Federal de Pelotas, Brasil

Mg. Francisco Luis Giraldo Gutiérrez
Instituto Tecnológico Metropolitano, Colombia

Dra. Andrea Minte Münzenmayer
Universidad de Bio Bio, Chile

Mg. Luis Oporto Ordóñez
Universidad Mayor San Andrés, Bolivia

Dr. Patricio Quiroga
Universidad de Valparaíso, Chile

Dra. María Laura Salinas
Universidad Nacional del Nordeste, Argentina

Dr. Stefano Santasilia
Universidad della Calabria, Italia

Dra. Jaqueline Vassallo
Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

Dr. Evandro Viera Ouriques
Universidad Federal de Río de Janeiro, Brasil

Dra. Maja Zawierzeniec
Universidad de Varsovia, Polonia

Asesoría Ciencia Aplicada y Tecnológica:
CEPU – ICAT
Centro de Estudios y Perfeccionamiento
Universitario en Investigación
de Ciencia Aplicada y Tecnológica
Santiago – Chile

Indización

Revista Inclusiones, se encuentra indizada en:



Information Matrix for the Analysis of Journals



ISSN 0719-4706 - Volumen 2 / Número 3 / Julio – Septiembre 2015 pp. 250-261

**A TUTELA COLETIVA DE DIREITOS PELAS ASSOCIAÇÕES E AS PESSOAS
COM DEFICIÊNCIA**

THE COLLECTIVE PROTECTION OF RIGHTS BY ASSOCIATIONS AND PEOPLE WITH DISABILITIES

Dra. © Flavia de Campos Pinheiro
Pontifícia Universidade Católica de Sao Paulo, Brasil
flavia_pinheiro@terra.com.br

Fecha de Recepción: 15 de junio de 2015 – **Fecha de Aceptación:** 30 de junio de 2015

Resumen

La Constitución brasileña atribuyó importancia merecida a la libertad de asociación, derecho individual de ejercicio colectivo. Ella garantizó instrumentos procesales de protección colectiva para la realización de los derechos de las personas con discapacidad.

Sin embargo, hasta el momento, estos instrumentos no fueron utilizados de conformidad con su propósito real.

Palabras Claves

Libertad de asociación – Protección colectiva – Personas con Discapacidad – Inclusión

Abstract

The federal Constitution attached great importance to the freedom of association, individual right to collective exercise. It assured procedural instruments of collective protection for the realization of the rights of people with disabilities.

However, to date, these instruments were not used in accordance with its purpose.

Keywords

Freedom of association – Collective protection – People with disabilities – Inclusion

Introdução

O trabalho versa sobre importância da associação, direito individual, fundamental, de exercício coletivo. Entretanto, não se presta a desenvolver a análise estática, mas dinâmica desse direito, ou seja, analisar-se-á a associação no papel de protagonista das ações coletivas de proteção a direitos transindividuais, especialmente os direitos das pessoas com deficiência.

É sabido que a liberdade constitucional de associação, por suas características de atuação em conjunto, permite ao indivíduo a possibilidade de alcançar determinadas finalidades que, sozinho teria grandes dificuldades em empreendê-las. A reunião de indivíduos em grupo fortalece suas possibilidades empreendedoras. Essa é a ideia central da associação. A Constituição brasileira de 1988, com a finalidade sempre voltada à atribuição de novos valores à sociedade, atribui-lhe a merecida importância.

Entretanto, apesar da evidência dos benefícios, é possível afirmar que, no Brasil, infelizmente, salvo raras exceções, não existe a cultura do associar-se. Em razão deste e de outros motivos, reconhece-se que a liberdade de associação não tem a visibilidade que lhe cabe na sociedade.

Por outro lado, assiste-se aos fenômenos da falta de representatividade da população e da ineficácia das decisões judiciais em razão da grande demanda de processos no Judiciário. Essa situação poderia ser amenizada, até mesmo solucionada, por meio da utilização adequada dos instrumentos de tutela coletiva de direitos. Soma-se a isso, no caso específico do trabalho, o incentivo à utilização do processo coletivo por parte das associações na defesa das pessoas com deficiência. A atuação eficiente das associações na defesa de tais direitos contribuiria para a proteção efetiva desse grupo de pessoas e, conseqüentemente, apresentar-se-ia como instrumento de inclusão social. O trabalho caminha com esse propósito.

Em razão da amplitude do tema e da impossibilidade de tratá-lo com a profundidade desejada, serão fornecidas pinceladas sobre dois instrumentos de tutela coletiva, a saber: a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, sem descuidar da importância do tema, que merece tratamento percuente, a ser desenvolvido em outro momento.

1.- A dinâmica da liberdade associativa na concretização dos direitos das pessoas com deficiência

O objetivo do presente trabalho é analisar de que forma a associação pode contribuir para a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência. Isto é, a liberdade associativa, com assento no art. 5º, XVII da Constituição brasileira de 1988, é reconhecida como direito fundamental de exercício coletivo. Seu status de direito fundamental já lhe atribui peculiar importância. No entanto, é possível ir além, procurando realçar sua importância por meio dos benefícios que seu exercício concede aos indivíduos. O exercício do direito de associação permite realizar determinados fins, por meio do esforço em comum entre os indivíduos, que dificilmente seriam possíveis pela empreitada individual. Isso porque a reunião de pessoas em busca de uma finalidade comum fortalece o indivíduo para seu empreendimento.

Nessa seara, estudar-se-á a dinâmica da liberdade associativa, isto é, reconhecido o direito, de que forma a entidade pode atuar na efetivação de outros direitos. Nesse passo, ela tem papel fundamental.

A associação tem legitimidade para representar seus associados em juízo ou extrajudicialmente, desde que expressamente autorizada. Além disso, é legitimada no controle de constitucionalidade, que é instrumento de suma importância para a garantia do funcionamento da ordem jurídica e do Estado Democrático de Direito. Ainda, atua em instrumentos processuais de grande utilidade para a defesa de direitos difusos e coletivos de seus associados, tais como ação civil pública e mandado de segurança coletivo.

A entidade, por força do inciso XXI do artigo 5º da Constituição, que a autoriza a postular em juízo, pode utilizar-se de qualquer instrumento processual para tanto. Contudo, ela também é expressamente legitimada a propor ação civil pública e mandado de segurança na defesa de determinados direitos, como já anotado em linhas acima. Por essas e outras razões, diz-se que a associação tem papel preponderante na efetivação dos direitos consagrados constitucionalmente e na efetivação da inclusão.

A liberdade de associação é direito fundamental de primeira dimensão que, por meio das garantias constitucionais fundamentais, sobretudo as mencionadas no presente trabalho, serve como instrumento de reconhecimento e alcance dos direitos de segunda e terceira dimensões. Vale dizer, a entidade associativa postula em juízo para fazer valer o primado dos direitos sociais, bem como o direito ao meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, fraternidade, direitos das minorias, fazendo com que as dimensões de direitos se inter-relacionem e caminhem concomitantemente. Nesse sentido, apresenta-se como instrumento de grande valia à efetivação dos direitos das pessoas com deficiência.

O intuito do trabalho é fazer breve menção a dois institutos processuais, sem a pretensão de aprofundar o tema, tendo em vista que cada instrumento estudado daria suporte para amplo debate doutrinário. Portanto, para poupar a extensão demasiada do trabalho, optou-se por traçar algumas linhas a respeito do elemento dinâmico da liberdade associativa, consubstanciado na análise de dois instrumentos específicos (ação civil pública e mandado de segurança coletivo), deixando as elucubrações teóricas para outra oportunidade.

2.- Tutela coletiva de direitos das minorias por meio das associações: legitimidade extraordinária

A legitimação para agir em juízo é tradicionalmente pessoal, sendo direito público subjetivo do indivíduo. Entretanto, modernamente as Constituições passaram a prever casos de instrumentos processuais de proteção de interesses coletivos.

Durante o século XIX prevaleceu o princípio segundo o qual o legitimado a atuar em juízo era o portador de um direito individual. Ao aspecto material do direito correspondia no plano processual o de ingressar em juízo fazendo uso do direito público subjetivo de ação¹. O século XX rompe com essa ideia. Surgem, ao lado das noções de interesse individual, os interesses ou direitos difusos e coletivos. Além disso, aparecem as

¹ Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, Comentários à Constituição do Brasil, v. 2 (São Paulo: Saraiva, 1989), 110.

legitimações extraordinárias ou heterodoxas, em que uma pessoa age por outra como seu substituto processual. Dessa forma, podem ser acessíveis ao Poder Judiciário as situações próprias do caráter coletivo e massificado pelo século XX. Essas técnicas, se bem utilizadas, podem colocar-se a serviço de um Judiciário mais atuante e mais presente².

Sempre se observou que um dos óbices à efetiva tutela jurisdicional dos interesses difusos era a proibição de pleitear direito alheio em nome próprio. A Constituição brasileira de 1988 rompe com essa tradição, na medida em que permite expressamente às entidades associativas, manejar, em defesa dos interesses de seus associados, um dos grandes instrumentos de tutela de direitos coletivos: o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, “b”). É o reconhecimento constitucional da legitimação extraordinária da associação em defesa dos interesses de seus membros.

Ordinariamente, essa legitimação extraordinária teve seu ponto de maior ressonância com a publicação da Lei nº 7.347/85, que introduziu grandes modificações no ordenamento jurídico pátrio, ao regulamentar a Ação Civil Pública.

A lei em comento, que será vista no tópico seguinte, confere legitimidade para entidades como as associações, que tenham um mínimo de representatividade, a agirem em juízo. Nas palavras de Celso Bastos, houve substancial progresso na medida em que se tornou possível que a sociedade, através de organizações adequadas, pudesse lutar pela defesa de direitos que, não sendo exclusivamente públicos ou privados, restavam em uma zona morta de indiferença e de ausência de instrumentos jurídicos apropriados para sua defesa³.

3.- Legitimidade das associações na ação civil pública

A ação civil pública é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor estético, artístico, histórico, turístico, paisagístico e por infrações da ordem econômica, protegendo, assim, os interesses difusos da sociedade. A Lei nº. 7.853/89, instrumento de tutela de interesses das pessoas com deficiência, prevê a Ação Civil Pública com a finalidade precípua de proteção desse grupo de pessoas.

O diploma disciplinador da ação civil pública constituiu um marco para grandes avanços e para um efetivo acesso à justiça, proporcionando a possibilidade de se postular em juízo a tutela dos interesses transindividuais⁴. A respeito do *nomem iuris*, trata-se de ação para defesa de tais interesses, proposta por diversos colegitimados ativos, entre os quais o Ministério Público, outros órgãos públicos e as associações privadas, objeto do presente estudo.

Rodolfo de Camargo Mancuso comenta a dificuldade de denominar uma ação que versa sobre a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos⁵.

² Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, Comentários à Constituição... 111.

³ Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, Comentários à Constituição... 114.

⁴ José Marcelo Menezes Vigliar, Ação civil pública (São Paulo: Atlas, 1999), 21.

⁵ Rodolfo de Camargo Mancuso, Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural dos consumidores. São Paulo: Revista dos Tribunais (2007) 21.

Segundo o autor, a ação criada pela Lei nº 7.347/85⁶ objetiva a tutela dos interesses metaindividuais, compreendidos inicialmente os difusos e coletivos, posteriormente agregando-se os individuais homogêneos. A ação não é pública porque o Ministério Público pode promovê-la a par de outros legitimados, mas sim porque seu objeto abrange um largo espectro de interesses e valores de grande importância social⁷, dentre eles, a proteção das pessoas com deficiência.

Considerando o desiderato perseguido na ação civil pública – responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, consumidores, patrimônio cultural etc – o cumprimento do julgado, para ser eficaz, só pode realizar-se através da execução específica, de forma que se consiga repor o bem ou o interesse lesado volte ao *status quo ante*⁸. Mas nem sempre a reparação específica é possível. Nesse caso, deve-se recorrer ao sucedâneo pecuniário. O objetivo da lei é conseguir, no limite do possível, que o réu repare o mal feito. Entretanto, é importante lembrar que a Ação Civil Pública tem múltiplas aptidões. Nesse sentido, atua também na tutela preventiva de lesão aos bens transindividuais, nomeadamente, direitos das pessoas com deficiência,

Não se pretende aprofundar o tema ação civil pública, mas tão-somente fazer a correlação entre ele e a liberdade de associação. Nesse aspecto, o ponto de convergência diz respeito à legitimidade para propor ação civil pública. Entretanto, alguns outros pontos serão analisados que, indiretamente, apresentam interesse ao trabalho.

Conforme foi visto, são objetos da ação civil pública: o meio ambiente, o consumidor, o patrimônio cultural do país, bem como outros direitos difusos e coletivos, como o direito das pessoas com deficiência, que possuem proteção por legislação específica, conforme já mencionado.

Questão de interesse direto ao trabalho em comento diz respeito à legitimação/interesse para agir. Legitimação não se confunde com interesse para agir. Este é qualificado pelo trinômio necessidade-utilidade-adequação. Necessidade do recurso ao Judiciário para obter determinado bem da vida; adequação do provimento pretendido, e utilidade da via processual eleita.

Legitimado é aquele a quem a norma confere o poder de agir. Necessário se faz salientar que essa relação não é a mesma das ações de caráter privado quando se trata de ações de natureza coletiva. Nestas, o autor comparece na condição de substituto e o interesse é difuso. No processo individual, muitas vezes as figuras coincidem; nesse caso a legitimação chama-se ordinária. No processo coletivo, normalmente o objeto é indivisível, portanto não é possível encontrar o titular do direito. Fala-se, também, em indeterminação dos sujeitos. Por essas razões, não é possível aplicar as noções do processo individual à tutela coletiva.

Alguns legitimados possuem interesse de agir presumido. Não há necessidade de maiores perquirições para seu reconhecimento no caso concreto, é o caso do Ministério

⁶ Brasil, “Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e turístico e dá outras providências.” A referida lei está disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 16 mar. 2008.

⁷ Rodolfo de Camargo Mancuso, Ação Civil Pública... 22.

⁸ Rodolfo de Camargo Mancuso, Ação Civil Pública... 31.

Público. Para os demais colegitimados, o interesse não é tão evidente, comportando verificação em cada caso. Exige-se pertinência temática desses legitimados. Em que pesem tais comentários, Mancuso acrescenta que o interesse de agir para o Ministério Público, nas ações civis públicas, não diverge em essência do respeitante aos demais colegitimados⁹. Não há legitimação exclusiva do Ministério Público, mas sim concorrente.

Contudo, a presunção de interesse do Ministério Público deve ser lida com muito cuidado. Em princípio, o interesse de agir apresenta-se com a mesma intensidade em face de todos os colegitimados, ou seja, diante de um caso concreto, o juiz deve verificar se a ação é necessária, útil e adequada aos fins a que se destina, independentemente de quem se apresente como autor da ação. Após, verifica-se a legitimação. Esta é, portanto, posterior ao interesse processual.

Para bem se aferir o interesse processual à propositura da ação civil pública, é preciso ter em mente que não se trata de uma demanda comum, com interesses subjetivos contrapostos. É instrumento idôneo ao exercício da cidadania, em busca da democracia participativa, ensejando ao judiciário inserir-se no esforço comum dos entes exponenciais da sociedade (Associações, Ministério Público, órgãos públicos, entes políticos). Compete ao Judiciário dar sua efetiva contribuição para a justa composição das controvérsias sociais.

Nesse novo panorama processual, não se fala mais em direito alheio a partir de uma visão individualista. A noção de direitos transindividuais rompe com a ideia de que o direito só pode ser próprio ou alheio. Se o interesse é da comunidade, não é possível falar em direito alheio.

A legitimação conferida à propositura de ações coletivas em prol de interesses metaindividuais pode ser vista no contexto mais geral da participação popular na boa gestão da coisa pública, sob a égide da democracia participativa, incentivada pela Constituição Federal¹⁰. Admite-se hoje que as ações coletivas, quando intentadas por uma associação, agem como um *longa manus* da coletividade interessada. Essa legitimação deve ser tida como ordinária, pois os interesses de seus associados são também seus próprios interesses, a pretexto do que dispõe o artigo 5.º, XXI, da Constituição da República.

A respeito das associações, o interesse processual está diretamente ligado à coincidência entre seus fins institucionais, a teor do que dispõe a já referida lei (artigo 5º, II, Lei nº 7.347/85)¹¹. Verifica-se, portanto, que os pressupostos necessários à legitimação das associações estão expressamente previstos em lei.

⁹ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação Civil Pública...* 56.

¹⁰ Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2, p. 138/139.

¹¹ “Lei nº 7.347/85, art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

[...]

V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

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

Como os interesses objetivados são metaindividuais, é importante que sua judicialização não fique restrita a um só legitimado¹². Os interesses difusos não devem ter sua tutela restrita somente à atuação do Ministério Público, nem a certos órgãos governamentais; eles exigem legitimação difusa. A legitimação ativa da ação civil pública embasa-se em uma diretriz pluralista e democrática. Infelizmente, na prática, verifica-se a inefetiva motivação dos setores da sociedade civil no ajuizamento de ações civis públicas, seja em razão da ausência de conhecimentos técnicos no manejo do instrumento, seja em razão da ausência de associativismo como fenômeno cultural.

O processo de conscientização da coletividade visando ao exercício da cidadania é lento e gradual. É preciso dar tempo ao tempo para que os cidadãos, isoladamente ou em grupos, estejam cientes de que podem e devem participar da gestão dos assuntos públicos, mediante a judicialização dos assuntos metaindividuais, principalmente por meio da ação civil pública. As associações civis são imprescindíveis à efetivação dos direitos de seus membros e, por consequência, fundamentais no processo da inclusão.

4.- Legitimidade das associações no mandado de segurança coletivo

O mandado de segurança é um instrumento processual (garantia constitucional) colocado à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual ou universalidade reconhecida por lei para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade. É ação civil e, como tal, enquadra-se no conceito de causa enunciado pela Constituição Federal para fins de fixação de foro e juízo competentes. Distingue-se das demais ações apenas pela especificidade de seu objeto e pelo procedimento sumário.

A Constituição de 1988, inovando na matéria, previu o mandado de segurança coletivo, impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída há pelo menos um ano. Pela dicção do artigo, parece que apenas as associações devem estar legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, as entidades de classe e os sindicatos não possuem tais exigências.

O mandado de segurança coletivo foi objeto de econômico regramento constitucional. A inovação trazida pelo inciso LXX do artigo 5.^o¹³ diz respeito apenas à

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

§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990)

§ 4º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.” (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)

¹² Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins, Comentários à Constituição do Brasil, v. 2, p. 107.

¹³ Brasil, “CF 88, LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.”
Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. 3ª ed., Barueri, SP: Manole, 2006.

legitimidade ativa das entidades que podem impetrar mandado de segurança na defesa de direitos de seus associados ou filiados, tendo o mesmo regramento do mandado de segurança individual. Isso porque o mandado de segurança deve ser tratado como espécie do gênero. Dessa forma, as regras do remédio individual são aplicáveis ao *mandamus* coletivo, exceto no que dispõe o inciso LXX do referido artigo, ou seja, respeitadas as peculiaridades da espécie coletiva. Os elementos conceituais do instituto são os mesmos, quais sejam: direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, ilegalidade ou abuso de poder, praticados por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições próprias do Poder Público. Diferem o objeto coletivo e a legitimação para agir.

A legitimidade ativa, no caso de mandado de segurança individual, é atribuída ao titular do direito individual líquido e certo que necessita de proteção. O impetrante, para ter legitimidade ativa, deve ter o direito invocado sob a jurisdição da Justiça brasileira. Presta-se a defender direito subjetivo pertencente a um ou vários titulares. Em se tratando de mandado de segurança coletivo, fala-se em legitimidade extraordinária, ou seja, o impetrante postula em nome próprio a defesa de direito alheio. Nesse sentido, as sociedades, as associações, as corporações profissionais, os sindicatos e os partidos políticos possuem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança em benefício de seus associados. Explica Hely Lopes Meirelles que o mandado de segurança coletivo não se presta à defesa de direito individual de um ou de alguns associados, mas sim da totalidade de seus filiados¹⁴. Portanto, a impetração será sempre em nome próprio da entidade.

O legitimado para impetrar mandado de segurança coletivo funciona como substituto processual, ou seja, defende em nome próprio direito alheio (direito da categoria). A legitimação é extraordinária. Segundo Lúcia Valle Figueiredo, há legitimação extraordinária no sentido de que ela deriva do interesse da própria classe.

Conforme mencionado acima, a via coletiva inova a individual em dois aspectos básicos: legitimação ativa (quem pode impetrar) e objeto (em defesa de que direitos). A respeito da legitimação, foi visto que se opera a substituição processual. No atinente ao objeto, discute-se se presta à defesa de qualquer direito coletivo ou apenas aos interesses da categoria.

Há jurisprudência admitindo a impetração do mandado de segurança coletivo na defesa de interesses difusos da categoria. A expressão *mandado de segurança coletivo* indica que o instrumento deve servir a qualquer direito coletivo em sentido amplo, incluindo os difusos, individuais homogêneos, sem qualquer restrição. No objeto do mandado de segurança também está a defesa dos interesses coletivos e difusos. O texto constitucional, ao agasalhar a possibilidade de impetração por entidades de classe ou associações (em funcionamento há pelo menos um ano) visou a ver defendido o direito difuso. Nesse sentido, o mandado de segurança aparece com o objeto ampliado pela nova Constituição. A inovação normativa trouxe suporte para a afirmação de que a ameaça a direito líquido e certo tem ampla proteção constitucional. O trabalho, pela preocupação com a amplitude da defesa dos direitos fundamentais pelas associações, caminha na mesma direção.

Cumpra aqui, para a utilização de tal instrumento pelas entidades associativas, fazer a distinção entre direito individual e coletivo. Direito individual é aquele que pertence

¹⁴ Hely Lopes Meirelles, Mandado de segurança (São Paulo: Malheiros, 2003), 25.

a quem o invoca, e não apenas à categoria. É direito próprio do impetrante. A característica do direito individual é a divisibilidade. Direito coletivo é aquele que pertence a uma coletividade ou categoria representada por partido político, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída há pelo menos um ano, nos termos do artigo 5º, LXX, “a” e “b”, da Constituição Federal. No direito coletivo, a divisibilidade acontece apenas pela classe. Segundo Lúcia Valle Figueiredo¹⁵, é um direito que pertence a determinada classe unida por uma relação-base que tem, portanto, um substrato. Não é a somatória de direitos individuais. Afirma, sintetizando: “[...] os traços tipificadores do direito coletivo são a divisibilidade pela classe e não pelos indivíduos e exercício por meio de sindicatos, de associações e dos partidos políticos”¹⁶. O mandado de segurança coletivo só se aplica aos interesses da categoria, e não de um ou de outro membro da entidade representativa.

A natureza jurídica da substituição processual em mandado de segurança é controversa: alguns entendimentos exigem que as associações estejam expressamente autorizadas por seus filiados (individualmente ou através de assembleia) para ajuizar a ação. Outros entendem que a exigência de autorização é dispensável, por se tratar de legitimação extraordinária. A Jurisprudência entende que o direito defendido deve ter vínculo com o objeto da entidade impetrante ou ainda com a atividade dos associados, mas não exige que esse interesse seja próprio da categoria.

Questão interessante, enfrentada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, diz respeito à possibilidade de postular por via do *writ* individual mesma questão ajuizada por meio do mandado de segurança coletivo, sem ocorrer o efeito da litispendência. Entretanto, apesar de decisão jurisprudencial, a matéria necessita de regulamentação legislativa. A entidade que impetrar mandado de segurança deve fazê-lo em nome próprio em defesa de todos os seus membros que tenham um direito a postular judicialmente.

Outra questão de grande relevância atinente ao mandado de segurança coletivo diz respeito à coisa julgada. Por se tratar de legitimação extraordinária, é possível a rejeição do pedido sem que o indivíduo tenha a oportunidade de intervir no processo e produzir as suas razões e documentos. Devem-se aproveitar, por analogia, as regras já definidas para as ações coletivas¹⁷ (artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor). Nesse sentido, as palavras de Hely Lopes,

“o mandado de segurança coletivo não induz litispendência com o mandado de segurança individual, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou ultra partes só beneficiam o impetrante individual se ele requerer a suspensão de

¹⁵ Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, Comentários à Constituição do Brasil... 146.

¹⁶ Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, Comentários à Constituição do Brasil... 146.

¹⁷ Brasil, “Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.” A referida lei está disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8078.htm>>. Acesso em: 18 mar. 2008.

seu processo dentro de trinta dias a contar da ciência da existência da demanda coletiva”¹⁸.

A questão se relaciona a outra de grande interesse, que diz respeito ao alcance da decisão: a sentença proferida em mandado de segurança coletivo, se concessiva a ordem, beneficiará a todos aqueles visados pela segurança. Se negativa, não faz coisa julgada, sendo possível a qualquer um, dentre aquelas pessoas, impetrar segurança individual sobre o mesmo fato. Isso se justifica, conforme foi visto, na preocupação em se amparar o indivíduo que está incluído no mandado de segurança coletivo, mas não teve a oportunidade de se manifestar no processo, produzindo suas razões e documentos.

Há autores que entendem que a sentença denegatória deve produzir os efeitos da coisa julgada, uma vez que o contrário ofende os princípios da economia processual e da segurança jurídica porque obriga, inclusive, o sujeito passivo a responder a dois processos pelo mesmo fato¹⁹. Em que pese importante argumentação trazida pelo autor, o trabalho, conforme já foi dito, caminha no sentido de amparar o indivíduo com a maior amplitude possível.

O indivíduo que estiver possivelmente inserido em um mandado de segurança coletivo pode optar por impetrar seu próprio remédio constitucional, pode ainda prosseguir com sua ação individual, caso ela já tenha sido proposta e, nesse caso, a decisão do processo individual prevalece sobre a do coletivo. Por fim, ele pode pedir a suspensão do processo até o julgamento do outro. Esse entendimento ampara de forma satisfatória o indivíduo, na medida em que oferece-lhe possibilidade de escolha no manejo do *writ* da forma que melhor atenda aos seus interesses.

Conclusão

A análise da feição dinâmica da liberdade constitucional de associação permite algumas breves conclusões:

A Constituição brasileira de 1988, com perfil voltado à atribuição de novos valores à sociedade, garantiu a liberdade associativa em diversos incisos contidos em seu artigo 5º, revelando a importância desse direito.

O direito de associação é instrumento utilizado com a finalidade de reunião de forças em busca de um bem comum. Essa empreitada permite ao indivíduo um caminho fortalecido. Essa forma de liberdade, se bem aplicada, pode ser utilizada como instrumento de efetivação de outros direitos fundamentais dos indivíduos, como os direitos das pessoas com deficiência.

Desse modo, as associações aparecem como protagonistas de alguns instrumentos processuais específicos de tutela coletiva de direitos, tais como a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, dentre outros. Essas garantias permitem à associação participar da vida pública do país, contribuindo para a representatividade da população perante o Estado e, conseqüentemente, no que tange especificamente às

¹⁸ Hely Lopes Meirelles, Mandado de segurança... 110.

¹⁹ Sebastião de Oliveira Lima, Mandado de segurança coletivo e seus principais problemas. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, n.º 3, (1993) 137.

personas com deficiência, contribuem para a inclusão. Não cabe aos particulares, individualmente, esse papel, na medida em que não são legitimados ao manejo desses instrumentos específicos – ação civil pública e mandado de segurança coletivo - o que torna ainda mais clara a realização de direitos por meio das associações.

Procurou-se, com o trabalho, apresentar, de forma sucinta, algumas ideias sobre a dinâmica da liberdade associativa como instrumento de efetivação de direitos.

Referências

Araujo, Luiz Alberto David; Nunes, J. R. y Serrano Vidal. Curso de Direito Constitucional. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

Bastos, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

Bastos, Celso Ribeiro y Martins, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil, v. 2, São Paulo: Saraiva, 1989.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. 3.ª ed., Barueri, SP: Manole, 2006.

Freire, Laudelino. Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa. 2ª ed., v. 5, Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1954.

Lima, Sebastião de Oliveira. Mandado de segurança coletivo e seus principais problemas. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, nº 3, 1993, p. 135-144.

Mancuso, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural dos consumidores. 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 33.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

Meirelles, hely Lopes. Mandado de segurança. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

Vigliar, José Marcelo Menezes. Ação civil pública. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.

Para Citar este Artículo:

Pinheiro, Flavia de Campos. A tutela coletiva de direitos pelas associações e as pessoas com deficiência. Rev. Incl. Vol. 2. Num. 3. Julio-Septiembre (2015), ISSN 0719-4706, pp. 250-261, en <http://www.revistainclusiones.cl/articulos/vol-2---num-3---2015/oficial-articulo-2015-dra.-28c29-flavia-de-campos-pinheiro.pdf>

Las opiniones, análisis y conclusiones del autor son de su responsabilidad y no necesariamente reflejan el pensamiento de la **Revista Inclusiones**.

La reproducción parcial y/o total de este artículo debe hacerse con permiso de **Revista Inclusiones**.