

# ESTUDO SOBRE SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

Raphael de Oliveira e Silva Borges\*

## 1. Representação

O art. 5º, XXI, da CF, nos traz a legitimação, para as associações representarem seus filiados judicial e extrajudicialmente, quando aquelas forem expressamente autorizadas por estes.

A representação processual é aquela em que o titular do direito controverso, autoriza alguém diverso da relação processual, para que este ajuíze a ação, está autorização é denominada mandato.

No caso do referido artigo, este não o especifica como se deve dar a autorização, sendo assim, temos três correntes doutrinária, que aduzem a respeito. A primeira defendida por Celso Ribeiro Bastos, que a autorização pode advir da própria lei que criou a associação, e lhe deu personalidade jurídica, ou ainda, dos próprios atos constitutivos da associação, o estatuto social.

“Esta autorização pode advir tanto de lei, nos casos excepcionais em que se admite a associação por via de lei (conferir a respeito nossos comentários sobre liberdade de criação associativa), quando dos próprios estatutos sociais.

“Mas é bem de ver que a dita que a dita autorização só pode versar sobre matéria pertinentes aos fins sociais da própria entidade. Seria uma interpretação

inadequada do Texto imaginar-se que estaria ela a conferir a possibilidade de constituírem-se procuradores universais.

“Portanto, resulta claro que uma entidade de defesa de interesses profissionais não pode mover uma ação de despejo em nome de um filiado seu.” (Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *in* Comentários à Constituição do Brasil, v. 2º, art. 5º a art. 17, Saraiva, 1ª ed., 1989, p.114)

A segunda é a defendida por J. Cretella Jr. Que afirma a desnecessidade da autorização por interpretação extensiva do art. 5º, LXX da CF.

“Para que se estabeleça relação jurídica entre mandante e mandatário, entre representante e representado, é indispensável o atributo da legitimidade, quer judicialmente, quer extrajudicialmente. Tratando do mandado de segurança, neste art. LXX, ‘b’, permite a Constituição de 1988, que pode o ‘*writ*’ ser impetrado por ‘associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, EM DEFESA DOS INTERESSES DE SEUS MEMBROS OU ASSOCIADOS’. É este um dos caos de legitimidade da associação para representar seus filiados judicialmente. Assim, o requisito ‘legalmente constituída’ é, aqui, bastante,

\*Acadêmico de Direito da 9ª Fase da UNIVALI - Campos IV Biguaçu

para a impetração do mandado de segurança, que é representação judicial, mas, no outro inciso, o requisito para esse mesmo tipo de representação é a 'expressa autorização'. A nosso ver, a associação, desde que legalmente constituída, poderá representar seus filiados, judicial e extrajudicialmente, ou seja, tem legitimidade para tanto, independentemente de autorização." (J. Cretella Jr., *in* Comentários à Constituição de 1988, v. 1º, editora Forense Universitária, 2ª ed., 1990, p.297).

Para nós tanto a primeira como a segunda não estão totalmente corretas, a primeira por dar muitos poderes as associações para ingressarem em juízo, mesmo sem consentimento do interessado do direito material lesado; a segunda pelo fato de desrespeitar, o art. 5º, XXI, o qual, dita expressamente a necessidade do requisito da "autorização expressa" para ocorrer a representação.

Já Manuel Gonçalves Ferreira Filho, ensina que a autorização expressa dos associados tem de ser específica ao caso em que se irá buscar a tutela jurisdicional. Por isso, ao nosso ponto de vista, ser a mais acertada.

"Legitimação. A princípio, para agir, tanto em juízo quanto no plano administrativo é necessário ser titular do interesse que se pretende fazer valer. Aqui a Constituição abre exceção, ao admitir que a associação possa fazê-lo, evidentemente para a defesa de interesses subjetivos de seus filiados. Reclama a Constituição que estejam elas para tanto 'expressamente autorizadas'. A autorização deve ser em cada caso e não genérica. Com efeito uma autorização genérica poderia levar à situação esdrúxula de a associação pleitear direitos contra a vontade do titular desse direito..." (Manuel Gonçalves Ferreira Filho, *in* Comentários à Constituição Brasileira de 1988, v. 1º, art. 1º a art. 43, Saraiva, 1ª ed., 1990, p.45).

As associações só podem representar os seus associados, membros ou filiados, quando o direito atacado, corresponder com os fins sociais da mesma. Não seria correto achar que as entidades expressamente autorizadas pudessem constituir-se procuradores universais de seus associados.

Na representação, o representante exerce ação em nome e por conta deste, não sendo parte da causa.

## 2. Substituição processual

O instituto da substituição processual, foi um avanço da Constituição de 1988, ele está disposto implicitamente no art. 5º, LXX da Carta Magna.

A substituição processual acontece, quando alguém defende direito alheio em nome próprio.

No referido artigo, a Constituição deu legitimidade ativa, para impetração da segurança coletiva, aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional; as organizações sindicais, entidades de classe e associações constituídas legalmente e em funcionamento há mais de um ano. A esta legitimação damos o nome de extraordinária, já que o art. 6º do CPC, proíbe a defesa de direito alheio, em nome próprio.

O que caracteriza a substituição processual é a separação entre o titular do direito subjetivo e o exercício da ação judicial. Ou seja a cisão entre o

dono do direito a ser defendido e o dono da ação. Nos casos ordinários fundem-se na mesma pessoa o titular do direito e o titular da ação, isto é, quem move a ação é o dono do direito material; esta é a legitimidade normal. Mas ocorre, que a lei autorizou a pessoa alheia ao direito material, a ingressar em juízo em nome próprio, assim temos uma legitimação anômala, que recebe o nome de substituição processual.

Estas entidades, contidas nesse artigo só puderam impetrar ação mandamental coletiva para a defesa dos direitos líquidos e certos dos seus membros ou da comunidade, quando aqueles forem atacados por ato eivado de ilegalidade ou abuso de poder, sendo o responsável autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atividade do Poder Público.

O ponto crucial, mais discutido, sobre a substituição processual, é a necessidade ou não de expressa autorização dos membros ou associados de que fala

o art. 5º, XXI da CF, a impetração do *writ*. O nosso entendimento é, que não há necessidade de tal autorização, por vários aspectos.

As referidas entidades, que possuem legitimidade ativa para a ação mandamental, muitas vezes, vem a juízo para defender direitos não só de seus membros, mas também de toda uma categoria, a qual alguns não estão filiados ou associados, sendo assim sem poder dar a devida autorização expressa aos seus órgãos representativos.

Outro aspecto como se daria tal autorização? Devido a omissão do Texto Constitucional, este requisito ficou vago e a mercê da interpretação do aplicador da lei. Alguns doutrinadores entendem que, ela deve ser dada em Assembléia Geral, outros pela lei que constituiu a entidade, ou ainda pelo estatuto social da mesma. Sob este íterim, fica nos uma incontroversa situação. No caso da autorização dada em assembléia geral, como ficam os não associados, que não deram autorização alguma a esses entes de se manifestarem em juízo sobre direitos que abrangem não só a gama de filiados, mas toda uma categoria, que será substituída pela associação.

Quando a autorização vier de lei, também não pode ser tido como forma expressa de autorização, já que existe entidades, devidamente legitimada para ação coletiva, mas que não foram criadas por lei, ou esta foi omissa, quanto a autorização, ai, nos resta a constante no estatuto, que também pode ser omissa a tal respeito. Assim, séria necessária autorizações específicas, que equivaleriam a mandato, e em consequência desnaturalizaria o mandato de segurança coletivo, que possuem objetivo de abranger a defesa de direitos coletivos que vão além dos direitos de seus filiados, membros ou associados, mas que englobam toda uma categoria.

Mas *data venia*, a maioria dos doutrinadores, defendem a desnecessidade de tal requisito, a autorização, pelo fato, de que quando o legislador, quer expressar a sua vontade ele o faz, o em caso de omissão do mesmo não cabe ao operador jurídico dificultar o ingresso dos titulares de direitos ofendidos, à justiça, e a solução do seu litígio.

Este também é o entendimento de Ada Pellegrini Grinover.

“...que o interprete e o futuro legislador não podem estabelecer outros obstáculos à legitimação, que não

os decorrentes da Constituição”. Por isso é que não temos dúvida em afirmar que, para o ajuizamento do mandato de segurança coletivo, nem os partidos políticos, nem as organizações sindicais, nem os entidades de classe e nem mesmo as associações legalmente constituídas necessitam daquela autorização a que alude o inciso XXI do art. 5º da Constituição para outra ações que não o mandato de segurança coletivo.

“Não se deve exigir dos legitimados à ação do mandato de segurança senão aquilo que à Constituição expressamente requer. Nenhum outro pré-requisito, nem mesmo a autorização do inciso XXI, do art. 5º, se faz necessária para o ajuizamento da ação”.

“... a única interpretação harmoniosa da alínea ‘b’ do inciso LXX do artigo 5º, da Constituição, em sintonia com o disposto quanto aos sindicatos e às entidades associativas, é que estas as normas específicas cuidam dos interesses coletivos da categoria ou de direitos individuais de seus membros ou associados, sim, mas também de interesses difusos ‘que transcendem à categoria’, além dos coletivos e dos direitos individuais homogêneos. Isso significa, em última análise, que tanto a alínea ‘a’ como a ‘b’ do inciso LXX se voltam para a tutela de toda as categorias de interesses e direitos. Os legitimados à segurança coletiva podem agir na defesa de interesses difusos, transcendentem à categoria; de interesses coletivos comuns a todos os filiados, membros ou associados de interesses coletivos, que se titulariam em apenas uma parcela dos filiados, membros ou associados. E ainda dos direitos pessoais que poderiam ser defendidos pela via do mandato de segurança individual, mas que podem ter tratamento conjunto com vista à sua homogeneidade, evitando-se assim a proliferação de seguranças com decisões contraditórias ou o fenômeno que Candido Dinamarco expressivamente denomina de litisconsórcio multitudinário”. (Prof. Alfredo Buzaid, *in* Considerações sobre o mandato de segurança coletivo, 1ª ed., Saraiva, 1992).

Outro entendimento, da desnecessidade da autorização expressa, é que devido a abrangência dos direitos coletivos que englobam toda uma categoria não só membros das entidades legitimadas à impetração do *mandamus* coletivo.

Neste contexto nos ensina Manuel Gonçalves Ferreira:

“O direito a fazer valer deve ter pertinência com a finalidade institucional do ente que o invoca. Como, por outro lado, desnecessária se faz a autorização do titular do direito subjetivo, defendido, seja ele integrante ou não de um grupo organizado e juridicamente personalizado; ao contrário da hipótese prevista no art. 5º, XXI da CF, na qual entes habilitados necessitam de autorização expressa para a defesa, dos direitos ditos individuais, comuns ao grupo de classe ou categoria profissional. Tendo o mandado de segurança coletivo, o objetivo de defender interesses e direitos coletivos não só dos associados, mas de toda uma categoria profissional ou classe, se faz desnecessária a autorização dos titulares dos direitos, devido ao enorme número de titulares que não estão filiados aos entes designados nas alíneas ‘a’ (partidos políticos com representação no Congresso Nacional;) e ‘b’ (organização sindical, entidades de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados), que pela o princípio da economia processual, são substituídos por estes com fulcro no art. 8º; III da CF.

A hipótese do art. 5, LXX, da CF é a impetração de mandado para a defesa de direitos coletivos difusos, nos casos das associações. “Não existindo um *bis in idem* em relação ao art. 5º, XXI, da CF, apenas na medida em que a norma em exame dispensa a autorização dos associados para que a entidade use do mandado de segurança coletivo. Em compensação, a entidade deve estar constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, e, sobretudo só poderá agir em defesa de direitos coletivos de seus integrantes”. (Manuel Gonçalves Ferreira Filho *in* Comentários à Constituição Brasileira de 1988, v. 1º, arts. 1º a 103, 2ª ed., Saraiva, 1997).

Já a jurisprudência não se pacificou quanto este assunto, o entendimento da mais alta Corte do Brasil, o Supremo Tribunal Federal, o qual a Constituição atribui a interpretação desta, em sua maioria é pela desnecessidade da autorização:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA. OBJETO A SER PROTEGIDO PELA SEGURANÇA COLETIVA. C.F., art. 5º, LXX, ‘b’.

“I. \_\_\_\_\_ A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual.

“II. \_\_\_\_\_ Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inciso XXI do art. 5º da Constituição, que contempla a hipótese de representação.

“III. \_\_\_\_\_ O objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do *writ*, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido na titularidade dos associados e que exista em razão das atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio da classe.

“IV. ¼ R. E. conhecido e provido”. (RE nº 181.138-1/SP, rel. Min. Carlos Velloso, DJU nº 193, de 04.10.96, pág. 37.111).

E ainda:

“Mandado de segurança coletivo. Legitimação. Substituição processual. O inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal encerra o instituto da substituição processual, distanciando-se da hipótese do inciso XXI, no que surge no âmbito da representação. As entidades e pessoas jurídicas nele mencionadas atuam, em nome próprio, na defesa de interesses que se irradiam, encontrando-se no patrimônio de pessoas diversas. Descabe a exigência de demonstração do credenciamento.

“Mandado de segurança coletivo. Entidade de classe. Especificidade. Na disciplina constitucional do mandado de segurança coletivo, inconfundível com a relativa à ação direta de inconstitucionalidade, não se tem, quanto à legitimação ativa, a exigência de tratar-se de entidade de classe que congregue categoria única. Constatada a abrangência, a ponto de alcançar os titulares do direito substancial em questão, mister é concluir pela configuração de hipótese ensejadora da substituição processual que distingue a espécie de mandado de segurança que é coletivo” (STF - RTJ 150/104).

Contudo as decisões do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em diversos arretos tem sustentado a necessidade de autorização prévia dos associados.

Precedentes Embargos de declaração no Mandado de Segurança nº 197/89, rel. Min. Garcia Vieira, DJU 15.10.90, pg. 11.182.

Mas esse entendimento não é pacífico.

“\_\_\_ MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ENTIDADE REPRESENTATIVA DE CLASSE. LEGITIMIDADE ATIVA. ART. 5º, LXX, CF.

“\_\_\_ São dotadas de legitimidade ativa as organizações sindicais, entidades de classe ou

associação para segurança coletiva em defesa de direitos e interesses de seus associados, independentemente de autorização com base no inciso LXX, do art. 5º, da Lei Magna. Somente na hipótese do inciso XXI, que encerra espécie de representação é que é ela exigível.

“\_\_\_ Recurso conhecido e provido para que a Corte *a quo* julgue o mérito da ação mandamental”. (RMS nº 3.298/Pr, rel. Min. José Arnaldo, DJU nº 36, de 24.02.97, pg. 3.347).

### 3. Legitimidade dos sindicatos

A legitimidade dos sindicatos para pleitear em juízo e fora dele, direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, a qual representa, está disposto no art. 8º, III da CF.

Para entrarmos no estudo da legitimidade sindical, é necessário primeiro, saber o que é o sindicato.

“Sindicato é o agrupamento estável de várias pessoas de uma profissão, que convencionaram colocar por meio de uma organização interna, suas atividades e parte de seus recursos, em comum, para assegurar a defesa e a representação da respectiva profissão com vista a melhorar suas condições de trabalho” (cf. Orlando Gomes e Elson Gottschalk, *Curso de direito dos trabalhadores*, vol. II, p. 723). (J. Cretella Jr. In Comentários à Constituição, v. 2º, Art. 5º, LXVIII a LXXVII, a 17, 1ª ed. Forense Universitária, 1989).

Em ensinamento de Calmon de Passos sobre a legitimidade dos sindicatos para postularem direitos de seus representados asserva:

“Essa legitimação é autônoma porque independe a entidade da autorização do membro ou associado e porque não reclama a presença deles no processo para que postule em seu favor. E é autônoma do tipo

concorrente, porque a legitimação constitucional deferida à entidade não deslegitimou o titular do interesse, que continua habilitado a impetrar, individualmente a sua segurança, ou figurar, como parte (litiscorrente) do mandado de segurança coletivo”. (J.J. Calmon de Passos, *in* Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, *Habeas Data*, Forense, 1ª ed., p. 34).

A abrangência da representação sindical, não fica absorvida, só entre os seus filiados, ela engloba também os não sindicalizados. As leis nºs 7.788/89 art. 8º; e 8.073/90, art. 3º, expressamente dispõem que “As entidades sindicais poderão atuar como substitutos processuais dos integrantes da categoria”, veja bem não só dos filiados.

O seu âmbito é tão grande, que até o grande defensor da necessidade de “autorização expressa” para impetração do *writ*, nós fala que a organizações sindicais, merecem outro tratamento, do que as associações em geral.

“...No caso dos sindicatos não é necessária a expressa autorização, requerida das associações em geral.” (Celso Ribeiro de Bastos e Ives Gandra Martins *in* Comentários à Constituição do Brasil, 2ª ed. Saraiva, 1989).

### 4. Extensão da decisão

Por tratar o mandado de segurança coletivo de defesa de direito coletivo, este dependendo do caso, estende-se ou não a toda a categoria.

Pois o direito defendido pelo *mandamus*, pode ser de toda categoria, de todos os filiados, ou de alguns filiados.

Mas quando for direito do qual os titulares são todos da categoria, não importa se os titulares são ou não sindicalizados, estará resolvido o litígio tanto para os filiados como para os não filiados. Basta interpretar *ipsis litteris* o que dispõe o artigo 8º, III da CF.

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

O artigo é claro, e não faz distinção entre filiados e não filiados.

Este é o entendimento de quase toda a doutrina.

Direitos e interesses coletivos. Explícito o texto deste artigo em caber ao sindicato “a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria”, isto é, não só dos associados, mas de toda uma categoria profissional. (Manuel Gonçalves Ferreira Filho, v. 1º, arts. 1º a 103, 2ª ed., Saraiva, 1997).

E ainda:

“O traço marcante dessas convenções, acordos ou contratos coletivos, é o serem celebrados pelos sindicatos em regra, colhendo na sua abrangência todos os integrantes da categoria, ainda que não sindicalizados”. (Celso Ribeiro de Bastos e Ives Gandra Martins *in* Comentários à Constituição do Brasil, 2ª ed. Saraiva, 1989).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

01. BASTOS, Celso Ribeiro, e Ives Gandra Martins. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1989.
02. CRETELLA. J. Júnior. *Comentário à Constituição*. 1 ed., arts. 1º a 5º, LXVII. São Paulo: Forense, 1989
03. FILHO. Manuel Gonçalves Ferreira. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2 ed., arts. 1º a 103. São Paulo: Saraiva. 1997.
04. BUZAID. Alfredo. *Considerações Sobre o Mandado de Segurança Coletivo*. 1 ed. São Paulo: Saraiva. 1992 06.JC/76
07. DICIONÁRIO Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 2 ed. São Paulo: Forense. 1991.
08. FILHO. Manuel Gonçalves Ferreira. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2 ed. v. 1º, arts. 1º a 103. São Paulo: Saraiva. 1990.
09. CRETELLA. J. Júnior. *Comentário à Constituição*. ed. 1ª. v. 2º, arts. 5º, LXVIII a LXXVII, a 17. São Paulo: Forense. 1989