

A LEGITIMIDADE ATIVA PARA OS DIREITOS COLETIVOS NO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

LEGITIMACY ACTIVATES FOR COLLECTIVE RIGHTS IN THE STATUTE OF PERSONS WITH DISABILITIES

Monica Cecilio Rodrigues¹

RESUMO

O artigo cuida da legitimidade ativa para o exercício dos direitos transindividuais contidos no Estatuto da Pessoa com Deficiência. Com vistas a demonstrar que os direitos das pessoas deste grupo protegido são reconhecidos como direitos humanos e por serem direitos difusos e coletivos recebem tratamento diferenciado da clássica divisão existente na doutrina quanto a legitimidade para o exercício da proteção. Levando em conta o sistema processual em vigor, o texto mostra as posições existentes, na doutrina e no Poder Judiciário, para o ajuizamento das ações coletivas, com interesse em prever a efetividade da proteção. E com máximo respeito a estas normas, que fazem parte de um microsistema processual coletivo, tudo com propósito de melhorar a efetividade e execução dos direitos da pessoa com deficiência.

PALAVRAS CHAVES: Estatuto da Inclusão Social. Direitos Coletivos. Legitimidade ativa.

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade de Uberaba (1991), pós graduação (lato sensu) em Direito Público pela PUC-MG (1997), mestrado em Direito pela UNAERP - Ribeirão Preto / SP, doutorado pela PUC / SP (2017), em processo civil. Advogada militante desde 1992. Atualmente é professora da UNIPAC na graduação em Direito, das disciplinas Direito de Família, Direito das Sucessões e Procedimentos Especiais. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM-MG. Membro do Associação do Direito de Família e das Sucessões - ADFAS. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais - IAMG. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPro. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil - IBERC. Membro do corpo editorial da Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil e Civil. Atua principalmente nos seguintes temas: Empresarial, Responsabilidade Civil, Família, Sucessões e Processual Civil. E-mail monicacradv@hotmail.com

ABSTRACT

The article takes care of the active legitimacy for the exercise of the transindividual rights contained in the Statute of the Disabled Person. In order to demonstrate that the rights of the people of this protected group are recognized as human rights and because they are diffuse and collective rights they receive different treatment from the classic division in the doctrine regarding the legitimacy for the exercise of protection. Taking into account the procedural system in force, the text shows the existing positions, in the doctrine and the Judiciary, for the filing of collective actions, with interest in predicting the effectiveness of the protection. And with the utmost respect for these standards, which are part of a collective procedural microsystem, all for the purpose of improving the effectiveness and enforcement of the rights of persons with disabilities.

KEYWORDS: Social Inclusion Statute. Collective rights. Active legitimacy.

1 INTRODUÇÃO

A estimativa é de que 15% da população mundial são de pessoas que convivem com algum tipo de deficiência, o que representa um bilhão de pessoas, incluindo as crianças.²

Assegurados como direitos e garantias fundamentais às pessoas com deficiência, a Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 7º, inciso XXXI, proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; já no artigo 23, inciso II, trata da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”; dentre outros direitos ali contidos, a exemplo da competência concorrente para legislar (ART. 24, inciso XIV), da habilitação e da reabilitação das pessoas portadoras de deficiência (ART. 203, inciso IV) e ao benefício de um salário mínimo à pessoa portadora de deficiência (ART. 203, V).

²https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44575/9788564047020_por.pdf?sequence=4&isAllowed=y. Acesso em: setembro de 2019

Uma crítica que se faz é a expressão utilizada em nossa Constituição para este grupo: “pessoas portadoras de deficiência”, por Mazzuoli. Pois entende o doutrinador que o verbo utilizado para identificar este coletivo (portar) não é o mais adequado, simplesmente porque não se pode dizer que é uma condição inata ou adquirida que faz parte da pessoa, contendo o significado de poder ser deixada a qualquer tempo, por liberalidade.³

Entretanto, diante da existência de proteção de índole internacional, através de convenções e tratados multilaterais, globais ou regionais celebrados entre Estados para a proteção das pessoas com deficiência, tais como a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Tratado de Marraquexe,⁴ com vistas a facilitar o acesso ao conhecimento de obras e textos a pessoas com deficiência visual, pode-se dizer que os direitos das pessoas com deficiência caracterizam, não só como direitos fundamentais, mas também se enquadram como direitos humanos.

A proteção internacional das pessoas com deficiência vem sendo proclamada desde a Declaração sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências Mentais, ocorrida em 1971. Seguida da Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, de 1975. E em 1982, em Assembleia Geral, na ONU, foi instituído o Programa de Ação Mundial para as Pessoas Deficientes. Posteriormente ocorreram outras ações de proteção ao grupo, a exemplo da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, promulgada no Brasil em 2001, pelo Decreto nº. 3.956.

Em março de 2007, considerada a mais importante de todas as normas de proteção internacional, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, trouxe a inovação de cunho jurídico-obrigacional, com vinculação dos Estados Membros para a adoção de medidas inclusivas e desenvolvimento social das pessoas com deficiência.⁵

O Brasil como país signatário da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, realizada em Nova York, no ano de 2007, obrigou o nosso legislador a disciplinar os direitos, quer sejam os novos direitos individuais ou coletivos, que dizem

³MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 365.

⁴Promulgado, em nosso país, através do Decreto nº. 9.522 de 2018.

⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 369.

respeito as pessoas pertencentes a este grupo. Nominados, internacionalmente, através da expressão “pessoas com deficiência”, para diferenciar de pessoas que necessitam de tratamentos especiais, mas não têm nenhum tipo de deficiência.

E com fundamento no artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal, foi instituída, em julho de 2015, a Lei nº. 13.146, denominada de Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência e também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência; tudo em razão da ratificação pelo Congresso Nacional, em 09 de julho de 2008, da Convenção mencionada, através do Decreto Legislativo nº. 186, e promulgados pelo Decreto nº. 6.949 de 2009, passando a ter força de Emenda Constitucional em nosso país.

Verifica-se que ocorreu um atraso de oito anos, de nosso legislador, para adaptar os direitos assentes na Convenção de 2007, subscrita pelo Brasil, ao sistema legislativo do país.

E assim, os direitos das pessoas com deficiência passaram a fazer parte do grupo dos direitos humanos após receberem proteção internacional; portanto, deve gozar de máximo amparo legal e social. E por ser direito humano é universal, essencial, irrenunciável, inalienável, indivisível e sendo vedado o seu retrocesso. Universal posto que abrange todos aqueles do grupo destacado; essencial em razão de sua posição de necessidade para os protegidos; irrenunciável pois não comporta recusa, renegação; inalienável porquanto não aceita transferência ou cessão, quer seja a título gratuito ou oneroso; indivisível porque pode ser usufruído pelo grupo, como um ente coletivo; e, finalmente, não se aceita a modificação de um direito conquistado que caracterize uma involução ou perda da melhoria alcançada, configurando retrocesso legal.

Ainda, estes direitos devem sempre ser aplicados e exercidos levando em conta a diferenciação dos tratados tradicionais ou comuns, por se tratar de direitos humanos, amparados na norma que mais beneficie os interesses das pessoas, denominado de *princípio pro homine*. Tudo dentro do respeito hierárquico existente entre a legislação brasileira e a Convenção, levando em consideração o conteúdo mais benéfico ao protegido e não a hierarquia legal em razão da soberania.

Piovesan divide em “quatro fases a história da construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência”, a saber: a) a intolerância, pois acreditava-se que a deficiência era uma paga, castigo; portanto, com características religiosas uma expiação de culpa; b) a ignorância, porque a legislação não reconhecia nenhum diferencial as pessoas com deficiência; c) mais humanitária, a terceira fase vislumbra a cura da deficiência; e d) como última fase, a legislação além de identificar como direito coletivo a proteção da pessoa com deficiência, reconhece também como direito humano, tornando-o titular deste direito e o Estado responsável por assistir estes menos favorecidos.⁶

Os princípios norteadores da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência são: a) o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; b) a não-discriminação; c) a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e) a igualdade de oportunidades; f) a acessibilidade; g) A igualdade entre o homem e a mulher; h) o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

Todavia, é válida a observação de que o conceito descrito na CDPD é aberto, comportando definições e adequações as necessidades dos países que foram subscritores da Convenção; porque deve ser levada em conta o tipo e a prevalência de deficiências, em relação a fatores contextuais, aos pessoais, aos ambientais; e, também os fatores demográficos. Ajustando, portanto, cada país a necessidade de conceituação do que seria deficiência. A deficiência pode variar de acordo com o feixe de fatores que o cidadão está exposto, incluindo a idade, o sexo, os riscos ambientais, o status socioeconômico, a cultura e os recursos disponíveis. Como o ambiente tem grande influência na existência da deficiência é plenamente justificável esta conceituação ser aberta e adequar-se a necessidade de cada país; o que deve ser preocupação do legislador ao conceituar para haver um melhor ajuste as necessidades apresentadas pelo grupo de pessoas deficientes naquele país em específico.

⁶PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva, 11ª ed., 2010, p. 223.

2. ESTATUTO DE INCLUSÃO SOCIAL

A Lei nº. 13.146 foi denominada pela doutrina como o Estatuto da Inclusão Social ou o Estatuto da Pessoa com Deficiência, haja vista tratar de um conjunto de normas que regem determinadas pessoas de um grupo específico e caracterizado; e, que disciplina matérias de ordem civil e processual relativas a este agrupamento em especial - as pessoas com deficiência.

A pessoa com deficiência já havia recebido uma interpretação autêntica no artigo 3º e 4º do Decreto 3.298 de 1999, que regulamentou a Lei nº. 7.853 de 1989, e que dispõe sobre o apoio às pessoas “portadoras” de deficiência, a integração social deste grupo, a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, e com regras especiais sobre a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, a atuação do Ministério Público e de associações, dentre outras disposições.

Em uma visão mais ampla, poder-se-á utilizar o Decreto 3.298 de 1999 e o Estatuto de Inclusão da Pessoa com Deficiência, concomitantemente, para conceituar o que seja deficiência, levando em conta a sua durabilidade e também qual a categoria da deficiência, com enquadramento em deficiência física, auditiva, visual, mental, intelectual ou sensorial, através dos artigos 3º e 4º do Decreto e artigo 2º da Lei nº. 13.146 de 2015.

Tecida com mais minúcias o enquadramento da deficiência em razão da sua duração, no artigo 3º do Decreto citado, a deficiência é descrita como a perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que incapacite a atividade, considerando um padrão humano; e como deficiência permanente aque aconteceu e se estabiliza durante um período suficiente sem possibilidade de recuperação ou alteração; e quanto a incapacidade determina ser a diminuição da interação, com a necessidade de equipamentos ou instrumentos para que possa exercer uma função ou atividade. Todavia, é válida a observação de que o conceito descrito nas legislações citadas é aberto, pelas razões já explicitas no item anterior, visando a melhor adequação a necessidade de cada país.

Já o artigo 4º, categoriza o tipo de deficiência em física, auditiva, visual e mental. Não deixando de reconhecer a possibilidade de a pessoa ter mais de uma deficiência, o que a lei denominada de deficiência múltipla.

Não houve qualquer revogação tácita e muito menos expressa na conceituação do que seja deficiência, em razão de existirem diversas normas subsequentes que regulamentam o tema. Muito pelo contrário, os conceitos são compatíveis e se complementam.

3. DIREITO COLETIVOS CONTIDOS NO ESTATUTO

É incontestável que o Estatuto da Inclusão Social contém direitos individuais e direitos transindividuais. Mas como o presente texto cuida da legitimidade ativa para o exercício e proteção dos direitos transindividuais ali contidos, neste item faremos uma identificação apenas desta categoria de direitos.

Iniciado na década de 70 e contido dentro do movimento universal de acesso à Justiça, também denominado como movimento de reforma, onde houve modificações sistêmicas para melhor atender ao jurisdicionado, foram identificadas três ondas, muito próximas umas das outras e sequenciais, identificando os problemas existentes e com vistas a encontrar a solução, na lição de Bryant Garth e Cappelletti.⁷ A primeira onda identificou o obstáculo econômico e canalizou a solução para a assistência judiciária gratuita e orientação jurídica, oferecendo aos cidadãos menos favorecidos economicamente o acesso à Justiça. A segunda onda diz respeito a organização da Justiça, que dificultava a defesa de direitos e interesses coletivos, especificamente com relação a proteção ambiental e do consumidor, sendo solucionado com a possibilidade de ações populares ou coletivas, que é ligado ao tema do presente texto; e, a terceira onda, denominada simplesmente de “enfoque de acesso à justiça”, com a redução dos serviços jurídicos para a solução de contendas, trouxe os métodos alternativos de solvência destes entraves.

⁷CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 49-50.

Com relação a segunda onda, a revolução ocorrida em nossa legislação foi reconhecida como a “mais profunda e mais rica” do que a ocorrida nos demais países da *civil law*”, mencionada por Cappelletti e Garth.⁸

A Lei nº. 7.853 de 1989, timidamente, em seu artigo 1º, já garantia o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas “portadoras” de deficiências; e como exemplo dos direitos sociais, hoje reconhecidos e denominados transindividuais, tem-se o artigo 2º e seus incisos. E só mencionou tratar de direitos coletivos no artigo 3º, quando trata da legitimação ativa para as ações civis públicas que visam proteger os interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência, em sua redação original, antes da alteração dada pelo Estatuto ao referido artigo.

E, denota-se que o artigo 7º, da Lei ora em comento, determina que será aplicada subsidiariamente a Lei de Ação Civil Pública - Lei nº. 7.347 de 1985, no que couber, para a solução dos conflitos que porventura possam existir. Reconhecendo mesmo tratar de direitos coletivos a proteção legal ali contida.

Com a instituição do CONADE - Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência, pelo Decreto nº. 3.298 de 1999, a visão de que estamos diante de direitos transindividuais foi alargada e sem sombra de dúvida as pessoas com deficiência tiveram seus direitos melhormente protegidos, podendo então fazer-se representar pelos legitimados pela lei.

Como direitos transindividuais, que é o mote deste trabalho, interessa a identificação destes direitos em razão da implicação que possa acarretar à legitimidade ativa para a sua proteção.

Por conseguinte, diante da clássica tripartição dos direitos transindividuais, podemos assim exemplificar alguns direitos difusos contidos no Estatuto da Inclusão Social, em razão de não poderem ser identificados individualmente quanto a sua titularidade e o objeto protegido é indivisível, no artigo 9º, o direito ao atendimento prioritário da pessoa com

⁸ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 7ª ed., São Paulo: RT, 2017, p. 35.

deficiência, com a finalidade de proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, o atendimento em todas as instituições e serviços de atendimento ao público, a disponibilização de recursos, tanto humanos quanto tecnológicos, que garantam atendimento em igualdade de condições com as demais pessoas, a disponibilização de pontos de parada, estações e terminais acessíveis de transporte coletivo de passageiros e garantia de segurança no embarque e no desembarque, dentre outros contidos nos incisos do mencionado artigo 9º.

Também como direito difuso, protegido pelo Estatuto, em razão de serem insuscetíveis de apropriação individual, de transmissão, renúncia ou transação, podemos citar o artigo 18, que assegura à saúde da pessoa com deficiência, em todos os níveis de complexidade, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e gratuito.

E como terceiro exemplo de direito difuso, em razão do seu aspecto objetivo de indivisibilidade, onde a resolução e satisfação afetará a todos os possíveis titulares tem-se o artigo 27, garantidor do direito à educação, assegurando a inclusão no sistema educacional em todos os níveis, gozando de proteção legal para que possam ser cobradas do Poder Público ações afirmativas neste sentido e em benefício de todo o grupo protegido pelo Estatuto.

Já os direitos coletivos, que são de determinação relativa, quanto a titularidade, em razão da ligação ser oriunda de uma relação jurídica, como exemplo os membros da APAE, os associados do Instituto dos Cegos, ou de qualquer outra associação que tenha pertinência temática com a proteção e resguardo aos direitos conferidos ao grupo através das normas que legislam sobre as pessoas com deficiência, e que apesar de serem indivisíveis entre os beneficiados identificados por participarem da associação a todos beneficiam. São citados a título de exemplo de direitos coletivos: o artigo 28, parágrafo 1º, artigo 32, artigo 34, parágrafo 1º, artigo 36, parágrafo 6º, artigo 45, artigo 58, parágrafos 1º e 2º, artigo 63, parágrafo 3º e artigo 70.

Não havendo qualquer pretensão, nas exemplificações acima, de esgotar os demais e outros exemplos de direitos transindividuais contidos na Lei Brasileira de Inclusão

da Pessoa com Deficiência, mas sim apenas de ilustrar para que facilite a compreensão da titularidade e conseqüente legitimidade para a proteção destes direitos.

4. LEGITIMIDADE PARA AGIR

A trilogia por nós conhecida: possibilidade jurídica, legitimidade das partes e interesse processual, que era exigida, expressamente, no Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 267, inciso VI, para a obtenção de uma solução de mérito da lide ou na falta de algum destes institutos a ação seria extinta sem resolução, declarando o autor carecedor da ação, não foi repetida pelo Código de Processo Civil de 2015, no artigo 485, inciso VI.

Restaram mantidas, e ainda podendo ser nominadas como condições da ação,⁹ a legitimidade das partes e o interesse processual, em razão do entendimento contemporâneo de que o direito a ação não traz ínsita prerrogativa legal de uma sentença favorável, mas a obtenção de uma sentença de mérito, quer seja ela positiva ou negativa, o que acabou trazendo um profícuo debate entre alguns processualistas.¹¹ Sendo que a possibilidade jurídica passou a pertencer ao instituto do interesse processual.

Neste texto será abordada só a legitimidade ativa, com as suas peculiaridades, visto tratar de direitos difusos e coletivos, contidos no Estatuto da Inclusão social. Todavia, não se pode olvidar que o Estatuto também contém direitos individuais, mas a exposição será feita apenas da legitimação para ajuizar as ações que tratam dos direitos transindividuais.

Primeiro é necessário entender qual é a natureza jurídica da legitimidade nas ações que visam tutelar direitos coletivos, pois diferencia da legitimidade dos direitos individuais. E nem sempre a doutrina clássica traz a solução adequada à realidade diante das especificidades destes direitos.

⁹ NERY JR, Nelson, e NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 1111.

¹⁰ THEODORO, Humberto Jr. Curso de Direito Processual Civil, Volume I, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 159 e 1017

¹¹ DIDIER JR., Fredie. Será o fim da categoria “condições da ação”? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, 197, jul. 2011, p. 255-260; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Será o fim da categoria condições da ação? Revista de Processo, 198, ago. 2011, p. 227-235; CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria “condições da ação”? Uma resposta a Fredie Didier Jr. Revista de Processo 197, jul. 2011, p. 261-269.

A dualidade já existente no regramento processual: legitimação ordinária e extraordinária,¹² para alguns processualistas foi a primeira solução para a inteligibilidade do problema, mas desde o início não houve um consenso entre eles.

Contudo, verifica-se que esta classificação pode não atender à necessidade ou a realidade das coisas, pois as definições atribuídas para a legitimidade foram elaboradas em uma determinada época para determinado tipo de direito, e podem não se adaptar à nova realidade dos direitos aqui tratados.

Então surgiram três teorias em razão da omissão legislativa e para resolver o problema existente à época, a saber: a) Barbosa Moreira, amparando em Arruda Alvim, não vislumbrava a necessidade de autorização judicial para o exercício dos direitos “superindividuais”, devendo ser deduzido do próprio sistema jurídico; b) Watanabe reconhecera, até mesmo na legitimidade ordinária, a legitimação para a defesa destes direitos nas entidades criadas para este fim; e c) Nelson Nery, como teoria mais recente, defende a existência de uma terceira legitimação, denominada de legitimação autônoma para a condução do processo, por influência da doutrina alemã; portanto, acresce um novo tipo de legitimação às duas clássicas já existentes.¹³

A legislação ora em comento, o Estatuto da Inclusão Social (Lei nº. 13.146/2015), determina expressamente quais serão os legitimados para a propositura dos direitos coletivos; mas, nem sempre foi clara as regras contidas nas leis que cuidam deste tipo de direito. A legislação de outrora, a exemplo da Lei de Ação Civil Pública, antes de suas recentes alterações legislativas, era falha ao determinar quais os legitimados e estas questões eram resolvidas pela doutrina e pela jurisprudência, entremeadas de decisões contraditórias.

E com esta falta de regramento legal para o legitimado em algumas leis brasileiras, que tratam de direitos transindividuais, fez com que a doutrina se adequasse às possíveis e já existentes tipos de legitimações; entretanto, nos tempos atuais as legislações que

¹² ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: RT, 1979, p. 115.

¹³ GIDI, Antonio. Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 40 e segs.

tratam dos direitos coletivos já trazem a legitimação, a exemplo do artigo 98, do citado Estatuto da Inclusão Social, que alterou o artigo 3º da Lei nº. 7.853, de 24 de outubro de 1989, e determina expressamente que são legitimados para assegurar a tutela dos interesse coletivos, difusos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, a associação constituída há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, a autarquia, a empresa pública e a fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção dos interesses e a promoção de direitos da pessoa com deficiência.

Logo, podemos afirmar que a questão está pacificadano que diz respeito ao Estatuto da Inclusão Social, uma vez que existe a determinação legal, especificamente no artigo 98, de quem são os legitimados; e, portanto, a legitimidade se impõe por força da lei, como reza o artigo 18 da Código de Processo Civil, onde o legitimado não é o titular do objeto tutelado ou da situação jurídica discutida, comportando então apenas uma discussão doutrinária em ser ou não legitimado extraordinário. Mas não podemos esquecer do clássico exemplo da legitimação do advogado para recorrer de parte da sentença que trata de seus honorários, como extraordinária, apesar de não existir expressa previsão legal, mas que deflui de interpretação lógica do próprio sistema jurídico, analisado em sua integridade.

Todavia, pautada nestas teorias e mesmo com a determinação expressa do legitimado, a divergência ainda persiste, ao fundamento de que, as duas classificações existentes, ordinária e extraordinária não solucionariam o problema da legitimação para os direitos coletivos;pela simples razão de que mesmo na legitimação extraordinária os substituídos não são identificados como ocorre na legitimação extraordinária dos direitos individuais.

E, acrescida a isto, amplia-se a discordância doutrinária de quea legitimação extraordinária não é o mesmo fenômeno que a substituição processual, haja vista que a substituição processual ocorre somente no processo civil individual e os efeitos da coisa julgada no processo coletivo se diferenciam; pois, quando trata de direitos difusos o legitimado autônomo não é atingido porque foi parte no processo, mas porque a eficácia é para todos, partes, terceiros estranhos, sociedade; já para os direitos coletivos os efeitos estão

restritos ao grupo ou a categoria titular do direito e quanto aos direitos individuais homogêneos os efeitos são *erga omnes*.¹⁴ Em oposição a esta opinião surge Daniel Amorim em defesa de que “na tutela coletiva os legitimados são substitutos processuais e os titulares substituídos”.¹⁵

Com base na divisão clássica da legitimidade, ordinária e extraordinária, encontramos divergência doutrinárias no enquadramento para a legitimação dos direitos coletivos, a exemplo Nelson Nery, Antonio Gidi e Gregório Assagra, que perfilam da existência do *tertium genus*, baseados nos estudos da doutrina alemã, denominado de legitimação autônoma para a condução do processo.¹⁷ Vez que a divisão clássica “só tem cabimento para a explicação envolvendo direito individual”, no entender destes doutrinadores.¹⁸

E com destaque aos ensinamentos de Shimura que compreende ser a legitimação autônoma uma espécie de ordinária, pois agem com legitimidade para conduzir com autonomia o processo, não identificando o titular do direito.¹⁹

Para Fredie Didier, os tipos clássicos de legitimação são aptos a explicar qualquer espécie de legitimação, quer trate de direitos individuais ou coletivos, não havendo nada de especial que justifique a criação de um terceiro gênero; e, defende com ênfase que a legitimação para o processo coletivo é extraordinária, em razão de não haver coincidência entre o legitimado e o titular da situação jurídica discutida.²⁰ No mesmo sentido, Mazzili considera que a legitimação para as ações coletivas é de natureza extraordinária.²¹

¹⁴ NERY JR, Nelson, e NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. Novo CPC. São Paulo: RT, 2015, p. 254.

¹⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Processo Coletivo. Salvador: Editora JusPodivm, 3ª Edição, 2016, p. 188.

¹⁶ STJ, 3ª Turma, AgInt no REsp nº. 1799930/MG, rel. Ministra Nancy Andrichi, j. 26/08/2019, DJe 28/08/2019; STJ, 2ª Turma, REsp nº. 1809385/RJ, rel. Ministro Herman Benjamin, j. 06/06/2019, DJe 02/08/2019.

¹⁷ GIDI, Antonio. Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 44.

¹⁸ NERY JR, Nelson, e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 7ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 1885.

¹⁹ SHIMURA, Sérgio. Tutela Coletiva e sua efetividade. São Paulo: Método, 2006, p. 52-53.

²⁰ DIDIER JR, Fredie, e ZANETI JR. Hermes. Curso de Direito Processual Civil. vol. 4. Salvador: Editora JusPodivm, 11ª Edição, 2017, p. 190 e 191.

²¹ MAZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 76.

A legitimação do Estatuto de Inclusão da Pessoa com Deficiência é reconhecida as pessoas jurídicas de direito privado e aos órgãos do Poder Público, definida como legitimação plúrima e ao mesmo tempo mista, por concederem a autorização ativa a entes da sociedade civil e órgãos públicos.²² Outra característica da legitimação coletiva no Brasil é a possibilidade da condução autônoma do processo pelo ente legitimado, porquanto ela acontece independentemente da participação do titular do direito, por se tratar de substituição processual; ainda, para aqueles que entendem ser identificada como extraordinária a legitimação, ela pode ser concorrente entre os legitimados, no artigo 3º, parágrafo 5º, da Lei nº. 7.853 de 1989, sendo denominados litisconsortes, podendo ingressar estes colegitimados nominados na ação já proposta por qualquer um deles.

E, apesar de ser concorrente é disjuntiva, haja vista que não se exige a formação de litisconsórcio entre os legitimados ativos para a propositura da ação coletiva.

Com relação ao titular do direito, caso seja individual homogêneo, com inteira aplicação o artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor, podendo acontecer a intervenção do titular, de acordo com alguns doutrinadores que aceitam ser uma forma de substituição processual, de conformidade com a legitimação extraordinária, pois a legitimação não é exclusiva do titular do direito, sofrendo as consequências da coisa julgada individual, como determina o artigo 103, parágrafo 2º do citado Código. Mesmo não podendo propor a ação coletiva sozinho o indivíduo pode nela intervir, “recorrer isoladamente ou até mesmo continuar a ação em caso de desistência ou abandono.”²³

Na legislação em análise, Estatuto da Inclusão, a legitimação coletiva está determinada expressamente na lei, com permissão a entes públicos, privados, devendo ser analisada a adequada representação destas entidades; assim a legitimação é autônoma e concorrente entre os legitimados, corrente aos que adotam a legitimação extraordinária.

²² GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo e Mullenix. Os Processos Coletivos nos países de Civil Law e Common Law. São Paulo: RT, 2008, p. 237.

²³ DIDIER JR, Fredie, e ZANETI JR. Hermes. Curso de Direito Processual Civil. vol. 4. Salvador: Editora JusPodivm, 11ª Edição, 2017, p. 237.

As ações que visam proteger direitos coletivos fazem parte do microsistema de direitos coletivos; e, quanto ao conjunto destas normas processuais nomina-se de devido processo coletivo,²⁴ e devem passar por uma análise acurada quanto a legitimação, pois caso contrário poder-se-ia possibilitar através destas ações direitos a entes inadequados.

Aqueles legitimados pela lei se sujeitam a um filtro de controle judicial, porquanto não é a simples permissão legal para a propositura da ação que por si só legitima uma entidade, quer seja pública ou privada, ela deve também conter dentre os seus objetivos a proteção dos direitos da pessoa com deficiência, o que se denomina de pertinência temática, sob pena destes direitos estarem a mercê de pessoas jurídicas inescrupulosas, e que, sem sombra de dúvidas, devem sofrer as penalidades da lei.²⁵

Esta análise judicial deve ser feita para a proteção das próprias pessoas titulares do direito coletivo, e por óbvio facultado a emenda, correção ou até mesmo permitida a substituição por outro legitimado, de acordo com o artigo 321 do Código de Processo Civil, sob pena do processo ser julgado extinto, sem a apreciação do mérito, como determina o artigo 485, inciso VI do citado Código, não se aproveitando o que já foi realizado nos autos. Todavia, como não houve a apreciação do mérito, possibilita a outros legitimados a propositura de uma nova ação coletiva com o mesmo objeto, podendo até mesmo as provas já produzidas serem emprestadas a este novo processo.²⁶

O Estatuto exige para a legitimação das associações que a sua constituição seja feita de acordo com os requisitos das regras da Lei e que tenha sido há pelo menos um ano. Estes requisitos devem ser comprovados documentalmente, no momento de ajuizamento da ação, sob pena de ser o autor julgado carecedor da ação, conforme determina o artigo 485, inciso VI do Código Processo Civil.

²⁴GIDI, Antonio. Representação Adequada Nas Ações Coletivas Brasileiras: Uma Proposta (Adequacy of Representation in Brazilian Class Actions: A Proposal), São Paulo: RT, Revista de Processo, Vol. 108, No. 61, 2002.

²⁵ ART. 142. Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.

²⁶ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº. 1.192.577/RS, 4ª Turma, j. 15.05.2014, DJe 15/08/2014.

No que diz respeito a legitimação da associação, da autarquia, da empresa pública, da fundação e da sociedade de economia mista deverá analisada a adequação de seus propósitos com o objeto da demanda coletiva, no caso a proteção e promoção de direitos da pessoa com deficiência. Não se exige especificidade na finalidade de constituição destes entes, mas um liame entre a atuação e o direito a ser protegido. Deve-se revelar uma representação adequada para aquele direito perquirido.

E esta análise não pode ser de cunho subjetivo, apesar do nosso sistema ser *ope legis*, não temos a previsão legal expressa de qual seria os requisitos necessários para a adequação, porquanto se não forem bem analisados os objetivos da tutela coletiva restariam frustrados se defendidos por entidades sem preparo, sem interesse ou até mesmo pela má-fé em litigar, o que é uma temerosidade.

Mas, em razão de entendimento esposado no Recurso Extraordinário Repetitivo,²⁷ que decidiu a possibilidade das condições para executar sentença coletiva em favor dos associados, o Supremo Tribunal Federal influenciou outras decisões da Corte Superior,²⁸ que passou a exigir a autorização expressa dos associados para o ajuizamento da ação coletiva pela associação e acabou criando situações contraditórias nos Tribunais, onde algumas decisões exigem a autorização e outras não.²⁹

O que se denota é a falta de uniformidade entre os julgadores quando lhes são exigidas soluções aos casos fáticos apresentados para julgamento, no que diz respeito a legitimidade ativa, quer seja para o ajuizamento da ação, quer seja para a substituição ou até mesmo para a liquidação individual, e sobreleva ressaltar que em se tratando de uma legislação ainda nova, no cenário legal, o Estatuto de Inclusão da Pessoa com Deficiência, é necessária toda a atenção as decisões dos Tribunais, juntamente com as ocorridas na Corte

²⁷ STF, Tribunal Pleno, Recurso Especial nº. 573.232/SC, rel. Ministro Ricardo Lewandowski, rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, j. 14/05/2014, DJe 19/09/2014.

²⁸ STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp nº. 1.546.659/RS, rel. Ministro Humberto Martins, j. 27/10/2015, DJe 13/11/2015; STJ, 3ª Turma, REsp nº. 1.405.697/MG, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 17/09/2015, DJe 08/10/2015.

²⁹ TJMG, 18ª Câmara Cível, Apelação Cível nº. 1.0621.14.003291-6/001, rel. Desembargador Arnaldo Maciel, j. 09/07/2019, DJe 12/07/2019; TJMG, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível nº. 1.0540.14.000952-8/001, rel. Desembargador Alberto Vilas Boas, j. 18/09/2018, DJe 21/09/2018; TJSP, 18ª Câmara de Direito Privado, Agravo Interno nº. 2116610-56.2019.8.26.0000, rel. Desembargador Carlos Alberto Lopes, j. 10/09/2019, DJe 18/09/2019.

Superior, sob pena de transformar em uma Torre de Babel o papel da legitimidade ativa, e com isto acabar prejudicando a proteção dos direitos transindividuais contidos no Estatuto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O imbróglio existente sobre a legitimidade ativa para o exercício dos direitos difusos e coletivos sempre existiu na doutrina. Sendo responsável até mesmo pela cisão entre os doutrinadores de que não seria caso de legitimação extraordinária, mas sim de um *tertium genus* da clássica divisão vivente e sem qualquer pretensão de apaziguar esta discordância, mas demonstrar que a legitimação determinada pela lei deve e tem peculiaridades por se tratar de proteção a direitos transindividuais, e que por si só se tem diferencial dos direitos individuais e conseqüentemente das regras processuais aplicadas a estes. Apesar de negada por poucos, não se pode olvidar que existe um microsistema de direito coletivo, e que denominado de devido processo coletivo, quanto as normas processuais, estas devem ser respeitadas. Sob pena do objetivo de proteção as pessoas com deficiência serem meras expectativas, sem possibilidade de efetividade legal, e por isto não podemos esquecer que:

- a) a legitimidade, no Estatuto de Inclusão da Pessoa com Deficiência, diferencia não só em razão de estar habilitando entes para a proteção de direitos humanos; mas, também estes direitos cuidam de direitos difusos e coletivos do grupo;
- b) a legitimidade, como condição da ação, não pode ser entrave para a solução da causa, facultada a correção ou até mesmo a substituição por outro legitimado legal, tudo com vistas a eficiência da proteção da pessoa com deficiência;
- c) deverá haver um cuidado em avaliar a adequação dos legitimados, haja vista que o nosso sistema é *open legis*; e, portanto, necessita de uma acuidade maior sob pena de prejudicar o grupo protegido pelo Estatuto, expondo-o a entes inescrupulosos;
- d) finalmente, em razão do princípio *pro homine*, os direitos declarados no Estatuto devem antes de mais nada procurar beneficiar os interesses das pessoas do grupo, visto tratar de direitos humanos, com proteção internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: RT, 1979.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria “condições da ação”? Uma resposta a Fredie Didier Jr. Revista de Processo 197, jul. 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Será o fim da categoria condições da ação? Revista de Processo, 198, ago. 2011.

DIDIER JR, Fredie, e ZANETI JR. Hermes. Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo. vol. 4. Salvador: Editora JusPodivm, 11ª Edição, 2017.

DIDIER JR., Fredie. Será o fim da categoria “condições da ação”? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, 197, jul. 2011.

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

GIDI, Antonio. Representação Adequada Nas Ações Coletivas Brasileiras: Uma Proposta (Adequacy of Representation in Brazilian Class Actions: A Proposal), São Paulo: RT, Revista de Processo, Vol. 108, No. 61, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo e Mullenix. Os Processos Coletivos nos países de Civil Law e Common Law. São Paulo: RT, 2008.

MAZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: MÉTODO, 2019.

NERY, JR, Nelson, NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil – Novo CPC – Lei 13.105/2015. São Paulo: RT, 2015.

NERY JR, Nelson, e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 7ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 1885.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Processo Coletivo. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, volume único.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva, 11ª ed., 2010.

SHIMURA, Sérgio. Tutela Coletiva e sua efetividade. São Paulo: Método, 2006.

THEODORO, Humberto Jr. Curso de Direito Processual Civil, Volume I, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 7ª ed., São Paulo: RT, 2017.

Submetido em 16.09.2019

Aceito em 25.09.2019