



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Aspectos Controvertidos sobre a Coisa Julgada
no Mandado de Segurança Coletivo: Lei nº 12.016/09.

Lívia Cardoso Fernandes

Rio de Janeiro
2010

LÍVIA CARDOSO FERNANDES

Aspectos Controvertidos sobre a Coisa Julgada
no Mandado de Segurança Coletivo: Lei nº 12.016/09.

Artigo Científico apresentado à Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como
exigência para obtenção do título de Pós-
Graduação.

Orientadores: Prof.^a Mônica Areal

Prof.^a Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2010

**ASPECTOS CONTROVERTIDOS SOBRE A COISA JULGADA
NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO: LEI Nº 12.016/09.**

Lívia Cardoso Fernandes

Graduada pela Universidade
Estácio de Sá. Advogada. Pós-
graduanda em Direito pela
EMERJ.

Resumo: Trata-se de artigo científico destinado à análise do instituto da coisa julgada no ordenamento jurídico pátrio com foco no mandado de segurança coletivo. Analisam-se, de acordo com a doutrina e jurisprudência, os limites subjetivos e objetivos, efeitos e técnicas de produção da coisa julgada: *pro et contra*, *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis*. A Lei nº 12.016/09 trouxe várias inovações procedimentais, dentre elas, os efeitos da coisa julgada no *mandamus* coletivo. Considera-se a possibilidade de suspensão da ação individual quando se encontra em curso ação coletiva, em razão da recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema.

Palavras-chaves: Direito Constitucional. Mandado de Segurança Coletivo. Coisa Julgada. Limites Subjetivos e Objetivos da Coisa Julgada. Legislação infra-constitucional. Aspectos Controvertidos. Lei nº 12.016/09.

Sumário: Introdução. 1. Mandado de Segurança Coletivo. 2. Coisa Julgada. 2.1. Limites Subjetivos da Coisa Julgada. 2.2. Limites Subjetivos da Coisa Julgada. 3. Coisa Julgada no Mandado de Segurança Coletivo. 4. Suspensão Processual da Ação Individual quando há Ação Coletiva. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho enfoca a temática das controvérsias sobre a coisa julgada no mandado de segurança coletivo à luz da nova Lei nº 12.016/09, caracterizada pelo fato da alteração

legislativa ter acrescentado normas sobre essa modalidade mandamental. Espera-se realizar uma comparação entre a antiga e a nova lei sobre o tema com menção aos posicionamentos da doutrina e da jurisprudência pátrias.

Busca-se relacionar os campos do Direito Constitucional e do Direito Administrativo para a análise das controvérsias sobre a coisa julgada no mandado de segurança coletivo, pois se trata de um remédio constitucional, previsto no artigo 5º, incisos LXIX e LXX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com respaldo também na responsabilidade administrativa, diante do ato ilegal praticado por uma autoridade coatora, integrante da Administração Pública.

Objetiva-se demonstrar a discussão doutrinária sobre a eficácia das sentenças que concedem e negam a segurança pleiteada, diante da análise dos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada no mandado de segurança coletivo, com base na interpretação literal e extensiva do art. 22 da Lei nº 12.016/2009. Procura-se evidenciar que as inovações são benéficas à sociedade brasileira com a finalidade de ampliar os interesses juridicamente tutelados pelo mandado de segurança.

Inserir-se no presente estudo o microsistema dos direitos e interesses coletivos, também denominado diálogo das fontes, pelo qual se comunicam as normas de direito coletivo do Código de Processo Civil, Código de Defesa do Consumidor e Leis Extravagantes.

Ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: a aplicabilidade das normas sobre o mandado de segurança coletivo, considerações sobre a coisa julgada, os limites subjetivos e objetivos no mandado de segurança coletivo, análise da técnica de produção da coisa julgada sob três posições: *pro et contra*, *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis*, sob o foco da doutrina e da jurisprudência pátrias.

Busca-se, por fim, analisar a possibilidade de suspensão da ação individual quando se encontra em curso ação coletiva, em razão da proteção dos princípios da segurança jurídica, celeridade processual e igualdade, dentre outros. Analisa-se esse tema sob o foco da recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

A metodologia será bibliográfica, qualitativa e parcialmente exploratória.

Resta saber, assim, se as alterações legislativas serão aplicadas de forma restrita ou ampla pela doutrina e jurisprudência, em prol de uma melhor defesa dos direitos coletivos, em razão dos efeitos da coisa julgada no mandado de segurança coletivo.

1. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

A ação coletiva teve origem nas *class actions* do direito medieval inglês, em especial a *bill of peace*, desenvolvida no direito norte-americano do século XIX. O instituto do direito coletivo surgiu diante da necessidade de se criar mecanismos adequados de proteção de direitos referentes à sociedade. No ordenamento jurídico brasileiro, tal instituto teve origem nos direitos sociais, incluídos pela doutrina pátria como direitos de terceira geração, os quais são ditos como direitos de solidariedade e com características transindividuais, pertencendo à coletividade. Eis o entendimento apresentado pela doutrina, em especial pelos autores Luiz Guilherme Marinoni (2009) e Sérgio Cruz Arenhart (2009).

O mandado de segurança coletivo consiste em uma ação constitucional, consagrado no artigo 5º, inciso LXX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e na Lei nº 12.016/09, que visa a proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, de qualquer pessoa física ou jurídica quando sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de ato, ilegal ou com abuso de poder, de autoridade.

Esse remédio constitucional é corolário do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, pelo qual a lei não exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; e do direito de petição, previsto no inciso XXXIV, alínea “a”, do mesmo dispositivo, tendo em vista que é assegurado a todos o direito de petição em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

A autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder é definida pela Lei nº 12.016/09, em seu artigo 1º, parágrafo 1º, como sendo os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas; os dirigentes de pessoas jurídicas; e as pessoas naturais no exercício de atribuição do Poder Público. Trata-se da legitimação passiva do *mandamus*.

Com relação à legitimidade ativa, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXX, do art. 5º, da Constituição Federal, dispõe que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional; por 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.

O ordenamento jurídico brasileiro admite outros legitimados ativos para impetrar o mandado de segurança coletivo, como os sindicatos, de acordo com a Súmula nº 630 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: "a entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança, ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria".

Em razão da aplicação das normas de Direito Coletivo, forma-se um conjunto de normas processuais sobre os interesses e direitos coletivos, chamado pela doutrina pátria de microsistema do processo coletivo, de teoria do diálogo das fontes, de normas de reenvio ou de sistema de vasos comunicantes. Todos esses institutos têm apenas um significado,

distinguindo a doutrina apenas com relação à nomenclatura, referindo-se todos ao conjunto de normas jurídicas sobre direito coletivo.

O artigo 81, parágrafo único, incisos I a III, da Lei nº 8.078/90 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor – trata dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, e o artigo 90 desse mesmo diploma legal determina que se aplicam às normas consumeristas as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347/85, que trata das Ações Civil Públicas.

Utilizam-se as normas de Direito Coletivo para ampliar o rol de legitimados ativos do mandado de segurança coletivo. O artigo 5º da Lei nº 7.347/85 determina o rol de legitimados para a propositura da Ação Civil Pública, e pela aplicação das normas de direito coletivo, consoante dispõem os artigos 21 da Lei nº 7.347/85 e artigo 90 da Lei nº 8.078/90, esse rol também é utilizado para a legitimação ativa da Lei nº 12.016/09. São legitimados ativos: o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, a autarquia, a empresa pública, fundação, sociedade de economia mista, e a associação que esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Com relação às inovações sobre o direito coletivo, evidencia-se o Projeto do Novo Código de Processo Civil Coletivo. Alguns autores, como Gidi (1995), entendem que devem existir diferenças procedimentais entre ações coletivas de diversos países, em razão da diferença existente sobre a natureza da responsabilidade civil. Para esta doutrina, o objetivo do projeto citado é introduzir um instrumento de tutela coletiva nos países de direito escrito desprovidos de tal mecanismo, bem como aperfeiçoar o instrumento nos países que já o possuem. O referido projeto possui uma linguagem atécnica, pois enfatiza uma compreensão

imediate do conteúdo da norma e uma divulgação de idéias com a finalidade de solucionar problemas oriundos da tutela coletiva dos direitos.

Enquanto não aprovado o referido projeto, aplicam-se as normas de leis extravagantes, dentre elas a Lei nº 12.016/09, e do Código de Processo Civil para configurar o objeto, as partes legitimadas e os efeitos da sentença nas ações coletivas.

2. COISA JULGADA

A coisa julgada é um fenômeno pelo qual uma decisão judicial torna-se irrecorrível, através do seu trânsito em julgado. O artigo 6º, parágrafo 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, dispõe como coisa julgada a decisão judicial de que já não caiba mais recurso.

A coisa julgada é considerada como uma garantia fundamental, haja vista que o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, determina que a lei não prejudique o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, definindo o princípio da segurança jurídica.

Evidencia-se a definição deste instituto por Liebman (1984), doutrinador italiano, cuja influência processual no ordenamento jurídico brasileiro é de grande aceitação pela doutrina, como sendo a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. A teoria de desse autor é adotada pela doutrina pátria, sendo defensores dessa posição Amaral Santos e Frederico Marques, dentre outros.

A coisa julgada é tratada no CPC (artigos 467 a 475), no CDC (artigos 103 e 104), na Lei nº 4.717/65 (artigo 18), na Lei nº 7.347/85 (artigo 16) e na Lei nº 7.853/89 (artigo 4º).

A doutrina processualista, pelo doutrinador Câmara (2003), influenciada pela Tese de Liebman (1984), classifica a coisa julgada em formal e material ou substancial, com limites subjetivos e objetivos.

A coisa julgada formal consiste na imutabilidade da sentença e a material na imutabilidade dos seus efeitos. Percebe-se que todas as sentenças realizam a coisa julgada formal, já que transitam em julgado, e somente as sentenças de mérito realizam a coisa julgada material. A coisa julgada formal é, portanto, um pressuposto da coisa julgada material ou substancial.

Contudo, a doutrina processualista pátria não é unânime neste tema, entendendo a doutrina minoritária que a coisa julgada material consiste em ser a imutabilidade do efeito declaratório da sentença de cunho definitivo, não alcançando os efeitos constitutivo e condenatório da sentença.

Por outro lado, Moreira (1998) critica tais entendimentos, posicionando-se no sentido de que é equivocado afirmar que a coisa julgada material enseja a imutabilidade dos efeitos da sentença, uma vez que tais efeitos podem ser alterados em momento posterior, inclusive após a formação da coisa julgada.

Passadas as definições sobre a coisa julgada, ressalta-se a sua natureza, em razão da controvérsia doutrinária.

Parte da doutrina entende tratar-se a coisa julgada como um efeito da sentença, de acordo com os ensinamentos de Liebman (1984). Contudo, outra parte da doutrina entende que esse não é o melhor entendimento, tendo como defensores: Câmara (2003) e José Carlos Barbosa Moreira (1998), haja vista que a coisa julgada consiste em uma situação jurídica diante do surgimento de uma nova situação com o trânsito em julgado da sentença.

Percebe-se, assim, que a melhor posição doutrinária é no sentido de que a coisa julgada é uma situação jurídica na qual a imutabilidade e a indiscutibilidade encontram-se presentes na sentença, formando a coisa julgada formal, e no conteúdo, formando a coisa julgada material ou substancial.

2.1. LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

Adotam-se no direito brasileiro os limites subjetivos da coisa julgada, fazendo a sentença coisa julgada para as partes, consoante dispõe o artigo 472 do CPC. Diante da exclusão de efeitos com relação a terceiros, tem-se duas teorias acerca do tema: a teoria da representação e a teoria dos efeitos reflexos da coisa julgada.

A doutrina pátria, defendida por Câmara (2003), influenciada por Liebman (1984), entende que se devem distinguir os terceiros, classificando-os como terceiros indiferentes e terceiros juridicamente interessados.

A primeira classificação, terceiros indiferentes, subdivide-se em terceiros desinteressados, que consiste em ser aqueles estranhos à relação jurídica, e em terceiros com interesse de fato, que consiste em ser aqueles que sofrem prejuízo de fato ou jurídico em face da sentença. Nessa classificação, percebe-se que tais terceiros não podem se opor à coisa julgada, diante da ausência de interesse de agir.

A segunda classificação, terceiros juridicamente interessados, subdivide-se em terceiros de interesse jurídico idêntico ao das partes, que são aqueles que se insurgem contra a coisa julgada, e os terceiros com interesse inferior ao das partes, que, embora sofram prejuízos jurídicos decorrente da sentença prolatada, encontram-se subordinados em relação às partes do processo, mas podem, de toda forma, se investirem contra a coisa julgada.

Em suma, a diferença substancial entre essas duas subdivisões consiste no fato de que os terceiros juridicamente interessados não são afetados pelo instituto da coisa julgada e os terceiros com interesse subordinado ao das partes apenas podem atacar a coisa julgada, demonstrando a injustiça da sentença e o interesse jurídico implícito recursal.

Diante da análise dos limites subjetivos da coisa julgada, tem-se como necessário o estudo dos limites objetivos para o entendimento da sua influência na coisa julgada coletiva.

2.2. LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

Os limites objetivos da coisa julgada são estipulados pelo artigo 469 do Código de Processo Civil ao afirmar que a coisa julgada não é produzida quando da fundamentação da sentença e da apreciação incidental de questão fundamental. Nesta última hipótese, é válido esclarecer que se proposta uma ação declaratória incidental, a coisa julgada incidirá na questão incidental, uma vez que a finalidade jurídica desta ação é de ampliar os limites objetivos da coisa julgada.

Dessa forma, a parte dispositiva da sentença, que dispõe expressamente sobre a procedência ou não do pedido, mencionando o artigo 267 ou o artigo 269, ambos do Código de Processo Civil, está acobertado pelo instituto da coisa julgada. Em outras palavras, a palavra final do magistrado se torna imutável.

Veremos a seguir a incidência da coisa julgada no mandado de segurança coletivo com análise dos seus limites subjetivos e objetivos e efeitos.

3. COISA JULGADA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Ressalta-se, primeiramente, que a coisa julgada nas ações coletivas encontra previsão legal no artigo 103 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, pelo qual a sentença faz coisa julgada em três modalidades.

A primeira modalidade consiste na coisa julgada *erga omnes*, em regra, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá ajuizar outra demanda, com idêntico fundamento, utilizando-se de nova prova, de acordo com o inciso I do mencionado dispositivo legal.

A segunda modalidade consiste na coisa julgada *ultra partes*, limitando-se ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, em conformidade com o inciso II do dispositivo legal citado anteriormente.

A terceira e última modalidade consiste na coisa julgada *erga omnes* no caso de procedência do pedido com a finalidade de beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do dispositivo legal supra.

Sobre o artigo 103 do CDC, Grinover (1998) afirma que esta norma contém a disciplina da coisa julgada nas ações coletivas em sua integralidade, pois define os limites subjetivos e determina a ampliação do objeto do processo da ação coletiva, mediante a transferência do julgado coletivo para as ações individuais.

Por outro lado, essa assertiva doutrinária sofre críticas do doutrinador Gidi (1995), cujo entendimento é no sentido de que a disciplina da coisa julgada no CDC se limita aos seus limites subjetivos e de que os limites objetivos não são extensos e sim o que ocorre é uma ampliação dos objetos.

De acordo com a primeira doutrina referendada, os efeitos da coisa julgada não prejudicarão as ações indenizatórias propostas individualmente, e quando procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 96 a 99, e 103, §3º, todos do CDC. Dessa forma, inovam-se os princípios processuais sobre a coisa julgada, refletindo a incidência dos princípios da economia processual e nos critérios da coisa julgada *secundum eventum litis*, ampliando o objeto do processo.

Essas afirmações são aplicadas ao mandado de segurança coletivo, em razão da aplicação da teoria do microsistema coletivo ou do diálogo das fontes, mencionada no capítulo anterior, e em conformidade com os artigos 110 do CDC e 21 da Lei nº 7.347/85.

Para a doutrina, defendida por Didier (2009), o microsistema caracteriza o policentrismo do direito contemporâneo, diversos centros de poder e harmonização sistemática, transportando-se essas idéias para o Código de Defesa do Consumidor. Aplica-se o Código de Processo Civil apenas quando se verificar uma omissão nas normas anteriormente citadas, sendo o *codex* processualista aplicado de forma residual e não subsidiária, de acordo com o entendimento de Mazzei (2006).

O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento doutrinário supra, ressaltando que a lei do mandado de segurança coletivo, juntamente com as leis de improbidade administrativa, da ação civil pública, da ação popular, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente, compõem o instituto do microsistema de tutela de direitos e interesses transindividuais. Tal entendimento é encontrado no julgado RESP 510.150/MA, de relatoria do Ministro Luiz Fux, consagrado doutrinador na área processualista.

Evidencia-se a expressão molecularização dos litígios, preconizada por Watanabe, citado por Grinover (1998) em sua obra processualista civil, significando uma reunião de átomos, como se fossem estas ações individuais, gerando uma ação coletiva.

O Superior Tribunal de Justiça reconhece a existência do instituto do diálogo das fontes, no REsp 1037759/RJ, de relatoria da Ministra Nancy Andriahi, julgado, recentemente, em 23/02/2010, pelo qual afirmou que no art. 7º da Lei nº 8.078/90 há o chamado diálogo de fontes, segundo o qual sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, essa legislação poderá se incluir ao microsistema do CDC, incorporando-se à defesa da tutela dos direitos individuais e coletivos.

Com relação à inovações sobre a coisa julgada coletiva, encontra-se em trâmite no Congresso Nacional, um Projeto do Novo Código de Processo Civil Coletivo.

O artigo 18 desse projeto prevê a coisa julgada coletiva, dispondo que esse instituto vinculará o grupo e seus membros independentemente do resultado da demanda, comportando duas exceções em razão da origem da improcedência do pedido, se for causada por: representação inadequada dos direitos e interesses do grupo e de seus membros, ou insuficiência de provas.

Na última exceção apresentada qualquer legitimado coletivo, quais sejam, o Ministério Público; a União; os Estados ou Províncias, os Municípios, o Distrito Federal; as entidades e órgãos da Administração Pública, ainda que desprovidos de personalidade jurídica; e as associações sem fins lucrativos, desde que constituídas legalmente há pelo menos dois anos, de acordo com o artigo 2º deste projeto; podem propor a mesma ação coletiva, desde que tenham nova prova que possa levar a um resultado diferente.

Destaca-se que o projeto sob análise ainda prevê no item 18.3 que apenas podem ser discutidas questões não atingidas pela coisa julgada coletiva e questões de natureza individual, quando uma ação individual for proposta por um membro do grupo vinculado pela ação coletiva.

Existe entendimento doutrinário no sentido de que a sentença na ação coletiva produz efeitos *erga omnes*, com exceção da hipótese do pedido ser julgado improcedente por insuficiência de provas, podendo qualquer legitimado ajuizar outra ação com o mesmo fundamento, mas com prova nova.

Tal entendimento é explicitado no artigo 27 do Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, que possui os seguintes autores: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Aníbal Quiroga León, Antonio Gidi, Enrique M. Falcon, José Luiz Vásquez Sotelo, Kazuo Watanabe, Ramiro Bejarano Guzmán, Roberto Berizonce e Sérgio Artavia, citados na obra de Didier (2009).

Com relação à extensão da coisa julgada, a mesma é diferenciada pelos seus efeitos: *erga omnes* no caso de tutela de interesses ou direitos difusos, e *ultra partes* no caso de tutela de interesses ou direitos coletivos.

Sobre essa diferença, Grinover (1998) possui entendimento no sentido de que a extensão *erga omnes* é própria da sentença, pois se estende a toda coletividade, sem exceção, e de que a extensão *ultra partes* possui natureza dos interesses coletivos, restringindo os efeitos da sentença aos membros da categoria ou classe, ligados entre si ou com a parte contrária através de uma relação jurídica base.

De outro lado, Gidi (1995) entende que não há diferenciação entre as duas extensões da coisa julgada, tendo em vista que a primeira modalidade de extensão dirige-se a todos, e a segunda a pessoas além das partes, ambas abrangendo os titulares do direito lesado.

Os efeitos da coisa julgada no mandado de segurança coletivo atingem, portanto, os titulares de direitos lesados tanto como partes em nesta ação constitucional, quanto como os não litisconsortes, que estão fora do âmbito do Poder Judiciário, porém detentores da segurança concedida.

Essa afirmação foi corroborada por Passos (1989), antes do advento do CDC, que já entendia que a decisão que não admite mandado de segurança não faz coisa julgada material, pelo que o impetrante tem a liberdade de pleitear através de via ordinária o direito não tutelado via *mandamus*.

O Superior Tribunal de Justiça, no AgRg no Ag 1203714/SP, de relatoria do Ministro Felix Fischer, em 22/03/2010, firmou o entendimento no sentido de que existe coisa julgada sobre a matéria litigiosa sempre que, “denegatória a ordem em mandado de segurança, apreciar o mérito da causa e houver identidade de pedidos, partes e causa de pedir”.

Com relação aos limites subjetivos da coisa julgada no mandado de segurança coletivo, verifica-se a necessidade de distinguir três hipóteses de incidência.

A primeira consiste no acolhimento integral do pedido do mandado de segurança, beneficiando todos os membros da coletividade, com interesses ou direitos difusos, ou do grupo, categoria ou classe de pessoas, com interesses ou direitos coletivos.

A segunda consiste na rejeição meritória do pedido, gerando efeitos para todos os legitimados no sentido de impedir a impetração de novo mandado de segurança coletivo pelos mesmos fundamentos.

A terceira e última hipótese consiste na rejeição do pedido do *mandamus* por insuficiência de provas, podendo qualquer legitimado propor nova ação com o mesmo fundamento, desde que possua novas provas documentais dotadas dos requisitos de liquidez e certeza, pressupostos para a existência do direito a ser tutelado via mandado de segurança.

O Superior Tribunal de Justiça, recentemente, no REsp RMS 30110/CE, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, corroborou, mais uma vez, tal afirmação, entendendo que para a impetração do mandado de segurança coletivo basta a demonstração da ameaça ou vulnerabilidade do direito coletivo líquido e certo com a prévia comprovação documental dos fatos alegados.

Analisados os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada no mandado de segurança coletivos, faz-se necessário analisar os efeitos da coisa julgada nessa ação constitucional.

A doutrina processualista pátria é controvertida com relação à técnica de produção dos efeitos da coisa julgada da sentença no mandado de segurança.

Contudo, a doutrina e jurisprudência são pacíficas ao afirmar que o julgamento improcedente de um mandado de segurança coletivo não pode prejudicar a garantia constitucional do direito de ação, consagrado no artigo 5º, XXXIV, alínea “a” e XXXV da Constituição Federal, através do exercício do direito de petição e do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. Assim, diante de uma sentença de improcedência no

mandado de segurança coletivo, é cabível a qualquer pessoa, que possua interesse de agir, impetrar mandado de segurança individual.

No mesmo raciocínio, através da aplicação de uma interpretação lógico-sistemática, se a ordem não for concedida por insuficiência de provas, um novo *mandamus* coletivo poderá ser impetrado, desde que possua novas provas, não afastando a possibilidade de ajuizamento da mesma ação pela via individual.

Aplica-se ao mandado de segurança coletivo a sistemática da coisa julgada *secundum eventum litis*, tal como consagrada no artigo 103 do CDC.

Evidencia-se que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional e por 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, na forma do artigo 5º, LXX, da Constituição Federal.

O instituto da coisa julgada *erga omnes*, previsto no artigo 103, I, do CDC, se amolda de forma mais adequada ao mandado de segurança coletivo impetrado por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, com base no artigo 5º, LXX, alínea “b”, da CRFB/88, uma vez que se tutela interesses difusos, situação essa em que possibilita a concessão da segurança.

Ressalta-se que a jurisprudência dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça admite a impetração de mandado de segurança por associação sem que esta apresente procurações individuais, possuindo a autorização caráter implícito, já que o estatuto ou o contrato social da associação abrange a tutela dos associados.

Sobre a legitimidade de entidade de classe impetrar mandado de segurança, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento sumulado, a teor do verbete nº 630, que a

“Entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”.

Esse entendimento vem sendo seguido pelos Tribunais de Justiça, como o do Estado do Rio de Janeiro, de acordo com o julgado na Apelação Cível nº 2009.001.32558, de relatoria do Des. Ricardo Couto, em 03/03/2010.

Se a sentença julgar improcedente o pedido, forma-se igualmente a coisa julgada *erga omnes*, impedindo a propositura de ações coletivas, com exceção da hipótese de julgamento improcedente por falta de provas, caso em que é possível o novo ajuizamento da demanda com novo conjunto probatório documental, já que a dilação probatória é inviável na via mandamental. Portanto, qualquer resultado negativo, na hipótese do inciso I do artigo 103 do CDC não prejudica a propositura de ações individuais, na forma do § 1º desse dispositivo.

O inciso II do art. 103, por sua vez, amolda-se de forma mais adequada ao mandado de segurança coletivo da alínea “b” do inciso LXX do art. 5º da CRFB/88, uma vez que se tutela interesses difusos, desde que esteja presente o requisito obrigatório da pertinência temática, consagrado pela doutrina e jurisprudência. Neste caso verifica-se maior aplicabilidade no inciso I do art. 81 da Lei nº 8.078/90 da impetração de mandado de segurança coletivo por partido político, não se descartando a hipótese de impetração em matéria de interesses difusos e individuais homogêneos.

O instituto da coisa julgada *ultra partes*, previsto no artigo 103, II, do CDC, se amolda de forma mais adequada ao mandado de segurança coletivo impetrado por um grupo, categoria ou classe, pois a procedência do pedido ensejará efeitos a todos os cidadãos que tenham interesse na tutela do direito lesado. Não se vislumbra a incidência de coisa julgada em caso de improcedência por falta de provas, hipótese esta que gera a extinção do processo sem julgamento do mérito. Destaca-se a situação legal prevista no §1º do inciso II do artigo 103 do CDC, pois qualquer resultado negativo não impede a propositura de ações individuais.

Pela sistemática lógica, sendo concedida a segurança coletiva, não haverá interesse processual no ajuizamento de demandas individuais, uma vez que a coisa julgada *ultra partes* irá atingir todos os membros do grupo, categoria ou classe.

Por fim, o instituto da coisa julgada *erga omnes*, previsto no artigo 103, III, do CDC reflete nos interesses individuais homogêneos, que são aqueles decorrentes de origem comum, nos termos do inc. III, parágrafo único, do art. 81 da Lei nº 8.078/90, de acordo com a doutrina consumerista. Neste caso ocorre a coisa julgada *erga omnes*, em caso de procedência do pedido, e no caso de improcedência os efeitos da sentença atingirão os litisconsortes que impetraram o mandado de segurança coletivo.

Deve-se ter presente, ainda, a norma do § 2º do art. 103 do CDC, que dispõe sobre a possibilidade dos titulares de direitos líquidos e certos, que não agiram como litisconsortes no *mandamus* negado, de ingressarem em juízo individualmente em busca da tutela de seus direitos.

Com ao advento da Lei nº 12.016/2009, novas indagações surgiram por parte da doutrina pátria sobre os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada no mandado de segurança coletivo.

As críticas surgidas geram repercussão prática na vida dos titulares de direitos lesados, haja vista que alcança a possibilidade de aproveitamento do *decisium* de forma individual por um dos impetrantes, caso seja julgado improcedente o pedido, e por um cidadão, que não sendo parte no mandado de segurança coletivo, pode valer-se da decisão de concessão da segurança para pleitear direito próprio.

O *caput* do art. 22 da Lei nº 12.016/2009 dispõe de forma clara e inequívoca que os limites subjetivos da coisa julgada estão inseridos no mandado de segurança coletivo, *in verbis*: “No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante”.

O texto normativo citado não é considerado pela doutrina, Didier (2009) como uma inovação, pois se limita a afirmar que a coisa julgada é vinculada ao grupo titular do direito coletivo, objeto do mandado de segurança.

De acordo com o esse doutrinador, o regime jurídico da coisa julgada não se compõe apenas pela definição dos seus limites subjetivos, sendo necessário definir a técnica de produção da coisa julgada, se *pro et contra*, *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis*.

A Lei nº 12.016/2009 nada dispõe a respeito deste tema, devendo, assim, a questão ser solucionada através da interpretação de doutrinadores e juristas, tendo em vista trata-se de fontes do direito, em razão da aplicação extensiva do artigo 4º do Decreto-Lei nº 4657/42 – Lei de Introdução ao Código Civil – pela qual o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, quando a lei for omissa.

Ressalta-se que o julgamento do mandado de segurança coletivo pelo magistrado deve observar as conseqüências que a sentença prolatada gerará para as partes e para a coletividade, diante da aplicação da norma prevista no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil que prevê o atendimento pelo juiz aos fins sociais e ao bem comum que a norma se destina.

A inexistência de regramento pode ser verificada após a análise dos textos dos artigos 22 da Lei nº 12.016/09 e do inciso II do artigo 103 do CDC, que cuida do regime da coisa julgada para os processos em que se discute direito coletivo, incluindo o objeto do mandado de segurança coletivo.

Da análise do texto do artigo 103, II, CDC verifica-se que uma forma de interpretação: a coisa julgada seria *ultra partes*, caracterizando o limite subjetivo, e também *secundum eventum probationis*, com exceção da sentença de improcedência por insuficiência de provas.

No plano teórico, a doutrina pátria diverge com relação às soluções possíveis de incidência de coisa julgada no mandado de segurança coletivo. Como dito anteriormente, Didier (2009) observa a necessidade de definir a técnica de produção da coisa julgada, se *pro et contra*, *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis*.

O primeiro modo de produção da coisa julgada é o *pro et contra*, incluindo a geração de efeitos para os impetrantes e todos os demais titulares dos direitos individuais, sendo este uma técnica típica e adequada para o processo de forma individual. Para Didier (2009) essa solução é inaceitável, uma vez que a solução da lacuna deve ser alcançada dentro do microsistema da tutela jurídica coletiva, e não fora desse sistema, considerando que o mandado de segurança coletivo é um direito constitucional fundamental, e esse modelo de coisa julgada seria mais prejudicial às situações jurídicas coletivas do que aquele previsto na legislação comum para a tutela coletiva.

Esse direito fundamental merece outra interpretação diversa desta, em razão da interpretação conforme a constituição de forma absoluta, defendida por Mendes (2009), Ministro do Supremo Tribunal Federal.

O segundo modo a ser analisado é o mesmo da coisa julgada do mandado de segurança individual, denominado *secundum eventum probationis*. Esta possibilidade é aceitável para a doutrina brasileira, mas não é de todo conveniente, pois no mandado de segurança não se admite dilação probatória, apenas a pré-constituição de prova documental, e caso a sentença denegatória do *mandamus* baseie-se na prova produzida, não haverá a possibilidade de renovar a demanda com este fundamento, pois terá ocorrido a coisa julgada material.

O terceiro e último modo de produção da coisa julgada no mandado de segurança coletivo parece ser o mais adequado, pois, em razão da lacuna existente na Lei nº 12.016/09 sobre os efeitos da coisa julgada, a solução é dada através do estudo de outras normas de

direito coletivo pelo microsistema, aplicando-se o regulamento do artigo 103 do CDC. Deve-se utilizar, portanto, a técnica *secundum eventum probationis*, pela qual não há nenhuma limitação quanto ao novo meio de prova, sendo possível a repositura da ação coletiva, e sua extensão subjetiva será *secundum eventum litis*, sem prejuízo das pretensões dos titulares de direitos individuais, mesmo no caso de desistência do processo prevista no § 1º do mesmo dispositivo legal, uma vez que a desistência não impede um novo ajuizamento da demanda, na forma do artigo 267, VIII, do CPC.

Encontra-se em conformidade com o terceiro modo de produção da coisa julgada, o entendimento de Marinoni (2009) e Arenhart (2009), que entendem que a coisa julgada nas ações que tutelam direitos difusos e coletivos é *secundum eventum litis*, pois se opera somente em face das circunstâncias da causa. Para os autores, quando o Código de Defesa do Consumidor previu que a ação coletiva pode ser proposta com base em prova nova, a intenção do legislador foi a de que outros legitimados, na forma do art. 82 do CDC, podem aparecer no processo. E no caso de ações coletivas que tutelam direitos transindividuais, quando não há cognição suficiente, pode ocorrer na sentença a formação da coisa julgada *secundum eventum probationis*, ou seja, conforme o sucesso da prova.

Por outro lado, existem posicionamentos doutrinários contrários ao modo de produção *secundum eventum litis*, sob o argumento de que, em razão da segurança jurídica e do risco de exposição dos réus em ações coletivas, é mais adequado o efeito *erga omnes* para dar eficácia à sentença. São adeptos desse entendimento os seguintes juristas brasileiros: Carlos Mário da Silva Velloso, José Rogério Cruz e Tucci. No Direito Comparado, encontramos na doutrina italiana o autor Mauro Cappelletti, que se posiciona contrariamente à idéia de existir coisa julgada *secundum eventum litis*, entendendo que a sentença da coisa julgada deve ter efeitos extensíveis *pro et contra*, não devendo existir distinção entre efeitos bons e ruins, favoráveis ou desfavoráveis. Esses entendimentos são citados por Didier (2009).

Com relação à coisa julgada na ação de improbidade administrativa, a Lei de Ação Civil Pública dispõe no seu artigo 18 que há coisa julgada *secundum eventum probationis*.

Contudo, esse tema encontra divergência na doutrina pátria, tendo diversos entendimentos sobre os modos de produção da coisa julgada nesta modalidade de ação coletiva.

Existe entendimento doutrinário, como o de Didier (2009), no sentido de que incide a regra de extensão *secundum eventum litis*, pois quando se trata de ressarcimento ao erário incide o microsistema de forma plena, mas quando se trata de aplicação de sanções, não incide a regra *secundum eventum probationis*, aplicando-se a regra do *secundum eventum litis*. Destaca-se que neste tipo de ação não há efetividade no transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva para o âmbito individual, pois não haveria outro interesse e legitimado que não fosse a pessoa jurídica de direito público, sujeito passivo da ação de improbidade administrativa.

Por outro lado, existe posição doutrinária, defendida por Susana Henriques da Costa, citada por Didier (2009), no sentido de que nas ações de improbidade administrativa não é legítima a adoção da técnica da coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis*. Para esta autora não se pode entender de outra forma, sob pena de ocorrer reiteradas proposituras de demandas.

Trata-se o terceiro modo de produção da coisa julgada o mais adequado para solucionar o tema sob análise, pois mantém a coerência do sistema coletivo e impede o retrocesso das inovações do mandado de segurança, trazidas pela nova Lei nº 12.016/09.

Assim, percebe-se que esse tema não é pacífico, encontrando lacunas a legislação pátria. Atualmente, a solução para descobrir os efeitos da coisa julgada no mandado de segurança coletivo depende da técnica de produção da coisa julgada a ser utilizada, diante dos diversos entendimentos doutrinários existentes no ordenamento jurídico brasileiro, como visto anteriormente.

4. SUSPENSÃO PROCESSUAL DA AÇÃO INDIVIDUAL QUANDO HÁ AÇÃO COLETIVA

A Lei nº 12.016/09, o Código de Processo Civil e o microssistema de normas coletivas admitem a coexistência de ações individuais e coletivas, uma vez que a propositura de ação coletiva não impede o prosseguimento da ação individual, já que esta apenas poderá ser suspensa a requerimento do indivíduo, na forma do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor e do artigo 265, IV, alínea “a” do Código de Processo Civil.

Há alguns anos atrás, doutrina pátria começou a criticar a única possibilidade da suspensão da ação individual pelo indivíduo, argüindo a possibilidade de ser declarada a suspensão *ex officio* pelo magistrado, tendo em vista que tal ato ensejaria maior efetividade à tutela jurisdicional, à duração razoável do processo e à segurança jurídica. A doutrina fundamenta-se no fato de se existir um interesse público, uma vez que há em curso uma ação coletiva, e muitos indivíduos não têm ciência da existência daquela ação, cabendo ao magistrado declarar a suspensão em decisão interlocutória, dando, assim, ciência da ação coletiva a todos.

Para o doutrinador Didier (2009) trata-se a suspensão *ex officio* de uma exigência de ordem pública, pois possui a finalidade de racionalizar o exercício da função jurisdicional, evitando, assim, decisões diversas para situações semelhantes, o que ensejaria, por sua vez, violação ao princípio da igualdade, consagrado no artigo 5º, *caput*, da CRFB/88.

Essa possibilidade de suspensão *ex officio* encontra fundamento jurídico no artigo 543-C do Código de Processo Civil, porque permite a suspensão de recursos especiais sobre a mesma matéria, sendo necessária apenas a subida de um recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento, vinculando essa decisão àqueles recursos sobrestados.

O Superior Tribunal de Justiça, recentemente, corroborou o entendimento da doutrina, decidindo, no Recurso Especial nº 1.110.549-RS, de relatoria do Ministro Sidnei Beneti, que “ajuizada ação coletiva atinente à macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva”.

Portanto, o ordenamento jurídico pátrio admite a suspensão de ofício, sendo tal ato uma faculdade, pois se deve observar o interesse público contido nas ações coletivas e individuais e a preservação da efetividade da justiça, em razão de várias demandas sobre a mesma lide.

Existe uma proposta de Código Brasileiro de Processos Coletivos feita pelo Instituto Brasileiro de Processos Coletivos, que prevê regulamentação desse tema nos parágrafos 3º e 4º do art. 7º.

Segundo a proposta citada, a suspensão dos processos individuais ocorrerá em razão da existência de uma ação coletiva, podendo ser determinada a suspensão pelo tribunal, de forma *ex officio* ou a requerimento das partes, desde que observada a garantia do contraditório, previsto no artigo 5º, LV, da CRFB/88, com a ciência dos autores da ação individual. Prevê ainda a proposta que caso haja a suspensão, o autor da ação individual não poderá retomar o andamento desse processo, devendo aguardar o trânsito em julgado da sentença na ação coletiva.

Contudo, existe posição doutrinária contrária ao entendimento anteriormente exposto no sentido de se aplicar o instituto da interrupção ao invés da suspensão. Eis o entendimento dos autores do Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, quais sejam, Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Aníbal Quiroga León, Antonio Gidi, Enrique M. Falcon, José Luiz Vásquez Sotelo, Kazuo Watanabe, Ramiro Bejarano Guzmán, Roberto Berizonce e Sérgio Artavia. O argumento dessa posição é de que

a propositura da ação coletiva interrompe o prazo de prescrição das ações individuais e transindividuais, direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, estando tal entendimento exposto no artigo 17 do referido anteprojeto.

Atenta-se para o fato a suspensão deve ocorrer pelo mínimo de tempo possível, a fim de não prejudicar as partes e o regular trâmite do processo, em razão da efetividade do princípio da celeridade processual.

CONCLUSÃO

A Lei nº 12.016/09 trouxe inovações ao ordenamento jurídico brasileiro, regendo normas processuais sobre as ações coletivas na defesa de direitos e interesses difusos e coletivos. A doutrina pátria é divergente sobre as soluções possíveis de incidência de coisa julgada no mandado de segurança coletivo, existindo várias técnicas de produção da coisa julgada: *pro et contra*, *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis*.

Conclui-se que a técnica mais adequada para solucionar os efeitos da coisa julgada no mandado de segurança coletivo é *secundum eventum probationis*, pela qual não há nenhuma limitação quanto ao novo meio de prova, sendo possível a repropositura da ação coletiva, e sua extensão subjetiva será *secundum eventum litis*, sem prejuízo das pretensões dos titulares de direitos individuais, mesmo no caso de desistência do processo prevista no § 1º do mesmo dispositivo legal, uma vez que a desistência não impede um novo ajuizamento da demanda, na forma do artigo 267, VIII, do CPC. Dessa forma, a solução é dada através do estudo de outras normas de direito coletivo pelo microssistema ou diálogo das fontes.

Relaciona-se ao efeito da coisa julgada a possibilidade de suspensão *ex officio* da ação individual pelo magistrado, quando se encontra em curso uma ação coletiva, restando

sobrestada a demanda individual enquanto se julga a demanda coletiva, em razão da proteção dos princípios da segurança jurídica, celeridade processual e isonomia.

Por ser a Lei nº 12.016/09 recente, aguardam-se decisões de tribunais superiores afirmando os preceitos inovadores, como os referentes aos efeitos da coisa julgada no mandado de segurança, sempre em consonância com as normas constitucionais e legais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 510150/MA, Relator: Min. Luiz Fux, Publicado no DOU em 29.03.2004.

_____. _____. REsp n. 1110549/RS. Relator: Min. Sidnei Beneti, Publicado no DOU de 14.12.2009.

_____. _____. RMS n. 30110/CE. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Publicado no DOU de 18.02.2010.

_____. _____. REsp n. 1037759/RJ. Relator: Min. Nancy Andrighi. Publicado no DOU de 5.03.2010.

_____. _____. AgRg no Ag n. 1203714/SP. Relator: Min. Felix Fischer. Publicado no DOU de 22.03.2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AC n. 2009.001.32558, Relator: Des. Ricardo Couto, Publicado no DORJ em 3.03.2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas de. *Lições de Direito processual Civil*. V. I. 9.ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CAHALI, Yussef Said (Org). *Constituição da República Federativa do Brasil, Código Civil, Código de Processo Civil*. Legislação Civil, Processual Civil e Empresarial. 12.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2010.

DA SILVA, Ovídio Baptista. *Sentença e coisa julgada: ensaios de pareceres*. 4.ed. São Paulo: Forense, 2003.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 4. 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Podivm, 2009.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas: mandado de segurança coletivo, ação coletiva de consumo, ação coletiva ambiental, ação civil pública e ação popular*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. Trad. Bras. de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimentos Especiais*. V. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAZZEI, Rodrigo Reis. *A ação popular e o microssistema da tutela coletiva, Ação popular – Aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 4717/85*. São Paulo: RCS, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data"*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Eficácia Preclusiva da coisa Julgada no Sistema do processo Civil Brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.