



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Mandado de Segurança Coletivo na Lei nº 12.016/09: legitimidade ativa, direitos tuteláveis e a relação com as demandas individuais

Luciana Motta Carneiro

Rio de Janeiro  
2010

LUCIANA MOTTA CARNEIRO

O Mandado de Segurança Coletivo na Lei nº 12.016/09: legitimidade ativa, direitos tuteláveis e a relação com as demandas individuais

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

Orientadores: Prof. Néli Fetzner

Prof. Mônica Areal

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro  
2010

## O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO NA LEI Nº 12.016/09: LEGITIMIDADE ATIVA, DIREITOS TUTELÁVEIS E A RELAÇÃO COM AS DEMANDAS INDIVIDUAIS

**Luciana Motta Carneiro**

Graduada pela Universidade Federal do Espírito Santo. Advogada. Pós-Graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo:** Trata-se de um trabalho acerca do Mandado de Segurança Coletivo, em especial no tocante às regras contidas na Lei nº 12.016/09. O novel diploma legal em tela, além de conter disposições acerca do Mandado de Segurança individual, introduziu no plano infraconstitucional regramento do *writ* coletivo, antes previsto apenas em um dispositivo na Constituição Federal de 1988. Apesar da iniciativa do legislador, a lei contém inúmeras disposições inadequadas, levando-se em consideração o microssistema de processo coletivo. Por isso, alguns dispositivos não podem ser interpretados literalmente, devendo-se atribuir aos mesmos uma interpretação sistemática e conforme os preceitos constitucionais.

**Palavras-chaves:** Mandado, Segurança, Coletivo, Legitimidade, Objeto, Individual.

**Sumário:** Introdução. 1. Breve histórico do Mandado de Segurança Coletivo no Direito Brasileiro. 2. Alguns princípios norteadores do direito processual coletivo brasileiro. 3. Considerações gerais sobre o Mandado de Segurança Coletivo na Lei nº 12.016/09: a legitimidade ativa e os direitos tuteláveis. 4. A relação entre o Mandado de Segurança Coletivo e o individual. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a proposta de abordar algumas inovações introduzidas no Mandado de Segurança Coletivo pela Lei nº 12.016/09, que entrou em vigor no dia 10 de

agosto de 2009, em especial no tocante à legitimidade, ao objeto do *mandamus* e à relação da demanda coletiva com as demandas individuais.

Referido diploma trouxe a regulamentação em âmbito infraconstitucional de um instituto para o qual já havia previsão na Constituição da República de 1988, notadamente no art. 5º, inciso LXX. Mas é importante ressaltar que não havia lei regulamentando o instituto, uma vez que a Lei nº 1.533/51, que dispunha sobre o Mandado de Segurança individual, nada previa sobre a tutela coletiva.

Nessa esteira, antes da entrada em vigor da lei que ora se estuda, os intérpretes aplicavam ao Mandado de Segurança Coletivo as regras existentes para o Mandado de Segurança individual, quando fossem compatíveis, além das regras pertinentes a outras ações coletivas. Tal esforço para suprir a lacuna normativa não era suficiente, razão pela qual era patente a necessidade de uma nova lei.

O legislador, então, com o intuito de atender aos anseios da doutrina e da jurisprudência por nova disciplina jurídica para o instituto, elaborou uma lei que, no entanto, não correspondeu às expectativas. Como se pode notar, alguns dispositivos parecem estar eivados de vício de inconstitucionalidade, ao passo que outros parecem ir de encontro ao microsistema da tutela coletiva. E, mesmo com a nova regulamentação, ainda permanecem algumas lacunas normativas.

Tendo em vista que o Mandado de Segurança é um importante mecanismo de inibição da atividade ilícita por quem exerce a função pública, ou seja, um instrumento de defesa do cidadão em face do Estado, busca-se aqui analisar os aspectos da norma contida no art. 22, §1º, da Lei nº 12.016/09, que trata da necessidade de desistência da demanda individual para se beneficiar da decisão proferida na ação coletiva. Antes, porém, de se adentrar na análise de tal dispositivo especificamente, faz-se necessário tecer considerações

acerca do Mandado de Segurança Coletivo como um todo, tendo em vista que se trata de instituto com recente regulamentação infraconstitucional.

Essa análise será feita por meio de pesquisa doutrinária, para captar a repercussão da nova lei na Ciência do Direito.

## 1. BREVE HISTÓRICO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO NO DIREITO BRASILEIRO

O Mandado de Segurança para tutela de direitos individuais passou a ter regulamentação no ordenamento jurídico pátrio com a Lei nº 191/36. Em seguida, entrou em vigor o Código de Processo Civil de 1939, que regulava de maneira exaustiva o instituto.

Seguiu-se a esses diplomas a Lei nº 1.533/51, que permaneceu em vigor até meados do corrente ano e não continha nenhum dispositivo acerca do Mandado de Segurança Coletivo. Tal fato é compreensível, considerando-se que o instrumento em tela fora introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição da República, que entrou em vigor apenas em 05 de outubro de 1988.

Na verdade, foi a partir dos anos cinquenta, por influência da ideia de Estado Social de Direito, que surgiram as primeiras regras sobre a judicialização de interesses coletivos. A Lei nº 1.134/50, hoje já revogada, conferia às associações de classe existentes na data da publicação da lei a legitimidade para representação dos seus associados perante a justiça ordinária. Pode ser citada, também, a Lei nº 4.717/65, que, ainda em vigor, regula a Ação Popular, um importante passo na defesa dos interesses da comunidade, além da Lei nº 7.347/85, que trata da Ação Civil Pública, instrumento que conferiu destaque ao processo coletivo brasileiro.

A Constituição de 1988 trouxe, ainda, a possibilidade de tutela de direitos transindividuais, como a proteção ao consumidor, o direito ao meio ambiente sadio, o direito à probidade administrativa e o direito à manutenção do patrimônio cultural. Após isso, o Código de Defesa do Consumidor positivou os interesses individuais homogêneos e introduziu no ordenamento nova sistemática de processo coletivo.

A normatização de tutelas de cunho coletivo foi resultado de um fenômeno de massificação da sociedade, em que o indivíduo passou a ser considerado parte de um todo. Ficou demonstrada a insuficiência da tutela de interesses individuais. Com efeito, o Direito, como ciência mutável, tem que se adequar à realidade que regulamenta.

Segundo ZAVASCKI (2008, p. 35), inaugurou-se “um autêntico subsistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade”.

No âmbito do Mandado de Segurança, porém, não havia previsão de uma ação coletiva até a Constituição da República atual. Esta, no inciso LXX do art. 5º, conferiu legitimidade a partido político com representação no Congresso Nacional e a organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, para impetrar o Mandado de Segurança. Trata-se de norma inserida dentre os direitos fundamentais, o que a torna cláusula pétreia, nos termos do art. 60, §4º, da mesma Carta.

A previsão constitucional, entretanto, não continha o regramento detalhado da ação em comento. Porém, por não ser considerada uma nova figura ao lado do Mandado de Segurança já existente, mas, sim, uma ampliação da legitimação para a causa, doutrina e jurisprudência aplicavam a essa ação os mesmos requisitos materiais para o *mandamus* individual, além das regras contidas na Lei nº 1.533/51.

Assim, o Mandado de Segurança Coletivo prestava-se (e ainda se presta) a “proteger direito líquido e certo, não amparado por ‘habeas-corpus’ ou ‘habeas-data’, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”, conforme dicção do art. 5º, LXIX, da Constituição Federal. Além disso, deveria obedecer a sistemática da lei até então vigente.

No entanto, com o passar do tempo, tornou-se necessário regulamentar o instituto, pois é realidade a formação de um microssistema de tutela coletiva, com regulamentação da Ação Popular, da Ação Civil Pública dentre outras. Essa realidade, inclusive, culminou com a elaboração, em 2007, do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo, que ainda não foi aprovado.

Ocorre que a Lei nº 12.016/09 parece destoar, em alguns pontos, daquilo o que se espera do Processo Coletivo. E, para perceber a dissonância ora comentada, é interessante fazer uma breve análise dos princípios que norteiam os processos coletivos como um todo.

## 2. ALGUNS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO

Falar em Princípios do Processo Coletivo significa falar em normas basilares desse ramo do direito, ou seja, em preceitos que servem de alicerce para toda a disciplina das ações coletivas. Princípios são as noções sobre as quais se estrutura a ciência jurídica, podendo estar positivados ou não, na medida em que se encontram no ordenamento expressa ou implicitamente.

Elencar princípios de um determinado ramo da ciência jurídica, portanto, não é tarefa fácil, uma vez que nunca (ou quase nunca) há, na doutrina, consenso acerca de quais devem ser utilizados. Isso porque, como já afirmado, os princípios não estão, necessariamente,

expressos no ordenamento, o que faz com que seja transferida ao intérprete a função de extrair do texto constitucional e dos infraconstitucionais as diretrizes principiológicas. Por isso, não se tem, aqui, a intenção de esgotar o tema, mas apenas de tecer esclarecimentos sobre os principais pilares específicos do direito processual coletivo.

O princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito no processo coletivo traz a ideia de que é por meio do processo coletivo que o Poder Judiciário pode realizar seu verdadeiro mister, de julgar demandas de grande importância social, a fim de que se aplique a justiça. Assim, ao flexibilizar as formalidades processuais para chegar à análise do mérito, o Judiciário estaria legitimando sua função social, com a resolução do conflito coletivo.

Trata-se, portanto, de manifestação do Estado Democrático de Direito, que se mostra incompatível com o formalismo exacerbado e com a obsoleta filosofia individualista.

Rege, também, esse ramo do direito o princípio da não-taxatividade da ação coletiva, segundo o qual qualquer direito coletivo (na ampla acepção do termo) poderá ser tutelado por meio de demanda coletiva que se mostre adequada e efetiva.

É uma consequência da inafastabilidade da jurisdição, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição da República de 1988, no seu art. 5º, XXXV, e reforçada pela máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva, trazida pelo art. 83 do Código de Defesa do Consumidor.

O princípio da máxima prioridade da tutela jurisdicional coletiva, por sua vez, traz a ideia de que o processo coletivo tem prioridade na tramitação, para que se atenda à supremacia do interesse social sobre o individual. Tal circunstância privilegia a economia processual e a homogeneidade na prestação da tutela jurisdicional.

Nessa mesma linha, ALMEIDA (2003) cita o princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum, implícito no art. 103 do Código de Defesa do



Consumidor. Com efeito, a tutela jurisdicional coletiva visa a solucionar, em apenas um processo, um grande conflito social ou vários conflitos individuais, unidos por uma homogeneidade.

Assim, os dois princípios acima se apresentam como consequência do interesse social na tutela coletiva, uma vez que a resolução de um grande conflito social – ou de vários particulares – evita o indesejado ajuizamento de inúmeras demandas individuais com a mesma causa de pedir. Nota-se, portanto, a importância das ações coletivas, uma vez que a proliferação de ações de cunho individual pode redundar na existência de decisões contraditórias, o que gera desequilíbrio e insegurança na sociedade.

Cumpram-se também sobre o princípio da máxima efetividade do processo coletivo, que impõe a utilização, pelo aplicador do direito, de todos os meios, diligências e instrumentos necessários e aptos a conferirem real efetividade ao referido processo.

Tal princípio confere ao Poder Judiciário amplos poderes instrutórios, com atuação independente da iniciativa das partes, para se alcançar o processo efetivo, com máximo grau de certeza sobre os fatos. Salienta-se, apenas, que tais poderes instrutórios, apesar de amplos, não são irrestritos, uma vez que esbarram na exigência de observância do contraditório, na proibição de utilização de provas obtidas por meios ilícitos e na necessidade de motivação das decisões judiciais.

Além dos poderes relacionados à instrução do processo, o magistrado tem poder para conceder liminares e antecipações de tutela, a fim de se garantir maior efetividade aos provimentos jurisdicionais, podendo, inclusive, utilizar-se de medidas atípicas para garantir o resultado prático equivalente, nos casos em que não for possível obter a tutela específica.

Ressalta-se que a tutela jurisdicional coletiva deve ter a máxima amplitude possível. Para tanto, admite-se a utilização de todas as espécies de ações, medidas, procedimentos e provimentos que sejam adequados e necessários à efetiva tutela do direito pleiteado.

Rege, ainda, o direito processual coletivo o princípio da disponibilidade motivada da ação coletiva, segundo o qual a desistência ou o abandono injustificados da ação são submetidos a controle por parte dos outros legitimados ativos. É o que Fredie Didier Jr. chama de princípio da indisponibilidade da demanda coletiva, por entender que o processo coletivo relaciona-se à indisponibilidade do interesse público. Trata-se de uma indisponibilidade temperada, na medida em que se pode fazer um juízo de conveniência e oportunidade para a propositura da demanda.

Por fim, não se pode deixar de mencionar o princípio do microsistema, de acordo com o qual as normas que regem o processo coletivo são integradas entre si. Assim, quando não houver norma específica para uma determinada situação, a solução poderá ser buscada nos diplomas legais que compõem o microsistema, como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública.

Fredie Didier Jr. vai além, afirmando que, mesmo havendo norma específica para o caso, se tal norma for mais estreita na aplicação, o aplicador do direito deverá dar preferência à interpretação sistemática, que vai considerar as normas do microsistema. De acordo com o autor baiano, esse comportamento pode ser verificado na doutrina e na jurisprudência, que conferem tratamento sistemático a questões complexas, como a coisa julgada e as despesas processuais.

Na definição de MAZZEI (2009, p. 376), os microsistemas, em apertada síntese, “são leis especiais ou extravagantes para a regulação de determinadas relações jurídicas que, por sua especificidade e regência própria de princípios, não encontram guarida no ventre das normas gerais”.

Levando-se em consideração o conceito apresentado, bem como a relação principiológica existente entre as leis que regulam as ações coletivas, pode-se afirmar a existência de tal microsistema. Dessa forma, a integração entre as diversas normas a respeito das demandas coletivas é bem-vinda e até recomendada.

### 3. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO NA LEI Nº 12.016/09: A LEGITIMIDADE ATIVA E OS DIREITOS TUTELÁVEIS

Diante da regulamentação infraconstitucional trazida pela Lei nº 12.016/09, torna-se imprescindível tecer considerações acerca do art. 21 do referido diploma legal, que estabelece a legitimidade ativa e o objeto do *writ* coletivo.

Com relação à legitimidade ativa, o citado dispositivo apenas detalhou as hipóteses já previstas no art. 5º, inciso LXX, da Constituição da República de 1988, que, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, contém rol taxativo.

O primeiro legitimado previsto no dispositivo constitucional é o partido político com representação no Congresso Nacional. Nota-se, assim, que é necessário que o partido político tenha ao menos um representante em uma das Casas do Congresso.

Havendo representação, está legitimado a impetrar Mandado de Segurança Coletivo. No entanto, o art. 21 da Lei nº 12.016/09 esclarece que tal ação só pode visar à defesa dos interesses relativos aos integrantes do partido ou à finalidade partidária. Essa previsão legal veio encerrar discussão existente na doutrina e na jurisprudência acerca dos direitos que poderiam ser tutelados no *mandamus* impetrado por partido político.

Como a Constituição da República não estabelecia nenhum limite, havia corrente doutrinária no sentido de que o partido político tinha legitimação ampla para defender direitos relacionados ao sistema representativo, ao regime democrático e aos direitos fundamentais,

em razão do disposto no art. 1º da Lei nº 9.069/95 (ALVIM; ALVIM, 2009). Havia, porém, corrente que defendia interpretação restrita à atuação dos partidos políticos.

O diploma legal em tela, ao que tudo indica, privilegia a segunda orientação, pois prevê a necessidade de que o direito que se busca tutelar esteja relacionado aos filiados ou à finalidade do partido. Traz, portanto, uma restrição à norma constitucional.

Tal restrição, contudo, é bastante criticada por Cassio Scarpinella Bueno. O autor, com propriedade, sustenta que a lei está equivocada, pois trata o partido político como mera entidade associativa, contrariando sua missão institucional. Nessa linha, segundo BUENO (2009a, p. 124), haverá a legitimidade do partido para impetração do mandado de segurança coletivo quando “o direito (interesse) a ser tutelado coincida com suas finalidades programáticas, amplamente consideradas, *independentemente* de a impetração buscar a tutela jurisdicional de seus próprios membros”.

Em seguida, o art. 5º, inciso LXX, da Constituição Federal concede legitimidade ativa à organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, desde que em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

A Lei nº 12.016/09 vai além e prevê a necessidade de que a defesa de tais interesses seja feita na forma do estatuto da entidade coletiva e que eles sejam pertinentes à finalidade desta. Além disso, o dispositivo legal dispensa a autorização especial dos membros.

No entanto, diferentemente do que se observa no tocante aos partidos políticos, aqui a lei não restringiu, mas apenas estabeleceu certa pertinência temática. Na verdade, a lei apenas encampou a interpretação que já se conferia ao dispositivo constitucional, pois as finalidades institucionais da entidade de classe configuram a motivação do elo associativo.

Note-se que as finalidades institucionais da entidade de classe constituem a *ratio essendi* da mesma. Já os partidos políticos, todavia, não podem ser a elas equiparados. Nessa

linha, conclui-se que a previsão de pertinência temática para a legitimação da organização e demais entidades coletivas é válida, o que não ocorre com a restrição imposta aos partidos políticos, para que defendam apenas os interesses de seus integrantes ou as finalidades partidárias. Tal restrição vai de encontro aos já explicitados princípios norteadores do processo coletivo, em especial o da máxima efetividade e o da não-taxatividade.

Além das disposições acima, o art. 21 da lei prevê que a entidade coletiva tem legitimidade também para defender direitos de parte dos seus membros, ou seja, não é necessário que o interesse seja da totalidade dos associados. Essa já era a interpretação conferida ao texto constitucional, conforme se verifica do enunciado nº 630 da súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não havendo qualquer novidade.

Em seguida, a parte final do dispositivo em voga consagra o entendimento já existente de que a entidade coletiva, ao impetrar Mandado de Segurança Coletivo, atua em nome próprio na defesa de interesse alheio. Trata-se, portanto, de substituição processual, e não de representação, razão pela qual não é necessário que haja autorização especial dos membros para que seja impetrado o *mandamus*.

Finalmente, ainda a respeito da legitimidade ativa, cumpre ressaltar o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno acerca da possibilidade de impetração do Mandado de Segurança Coletivo pelo Ministério Público. De acordo com BUENO (2009b), ainda que a legitimidade do *parquet* não esteja prevista no inciso LXX do art. 5º da Carta Magna, ela decorre das finalidades institucionais do órgão, estabelecidas pelos artigos 127 e 129 do mesmo diploma. Esse entendimento já era perfilhado pelo autor antes da Lei nº 12.016/09.

Com efeito, antes do advento da Lei nº 12.016/09, o Superior Tribunal de Justiça já havia se manifestado em várias decisões, reconhecendo a legitimidade ativa do *parquet*, como no Recurso Especial nº 806.304. De acordo com a Corte Superior, não se justificaria negar a

legitimidade ao Ministério Público para impetrar Mandado de Segurança Coletivo, em razão da importância da tutela coletiva e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão.

Agora, com o silêncio do legislador a esse respeito, será necessário aguardar novo pronunciamento dos Tribunais, para saber se prevalecerá ou não o entendimento acerca da legitimidade *ad causam* do Ministério Público.

Feitas essas considerações sobre a legitimidade ativa, passa-se à análise do objeto do Mandado de Segurança Coletivo, previsto no parágrafo único do art. 21 da Lei nº 12.016/09.

De acordo com o tal dispositivo, o instrumento processual em tela visa a tutelar os direitos coletivos e os direitos individuais homogêneos. Para os fins da lei, os primeiros são os transindividuais, de natureza indivisível cujo titular seja grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica. Já os individuais homogêneos são os decorrentes de origem comum de da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Pode-se claramente perceber uma correlação entre os direitos tuteláveis pela via mandamental coletiva e os legitimados para tanto.

Assim, como bem exemplifica LOPES (2009), um sindicato de taxistas de determinado Estado da Federação pode, por exemplo, impetrar Mandado de Segurança Coletivo impugnando cobrança de pedágio que repute ilegal. Note-se que há essa possibilidade mesmo que a cobrança se dê com relação a todos os motoristas, e não apenas aos profissionais. A pertinência temática está satisfeita, uma vez que há correlação entre o direito que se busca tutelar e a finalidade do sindicato.

No tocante ao objeto do Mandado de Segurança Coletivo, porém, a controvérsia gira em torno da possibilidade ou não de se buscar, por essa via, a tutela de direitos difusos.

Mesmo antes do advento da Lei nº 12.016/09, já havia essa discussão. Alguns autores, como ALMEIDA (2003), entendiam pela possibilidade de tutela de direitos difusos.

Outros, como BULOS *apud* ALMEIDA (2003), sustentavam que os direitos difusos, por serem muito amplos, não caracterizavam o direito líquido e certo a ensejar a proteção pela via mandamental.

A referida lei, ao silenciar a respeito dos interesses difusos, poderia ter colocado fim à discussão. Como sugere LOPES (2009), se o legislador não incluiu os direitos difusos no rol do parágrafo único do art. 21, é porque tais direitos não podem ser tutelados por meio de Mandado de Segurança Coletivo.

No entanto, para Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., a norma não pode ser interpretada literalmente, sob pena de se promover um retrocesso social. Os autores defendem uma interpretação conforme a Constituição, a fim de que o dispositivo seja adequado ao microsistema da tutela coletiva e à Carta Magna.

Como é sabido, a Constituição da República de 1988 incluiu o Mandado de Segurança no rol dos direitos e garantias fundamentais, o que significa dizer que eventuais restrições ao *writ* devem ter sede no texto constitucional. Nessa linha, o parágrafo único do art. 21 da Lei nº 12.016/09, ao restringir o Mandado de Segurança Coletivo para os direitos coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos, contém norma inconstitucional.

Didier explicita, acertadamente, que há violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Ora, se a lei não pode excluir da apreciação do Judiciário nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito, ela não pode, também, restringir o objeto do Mandado de Segurança, retirando dos cidadãos um instrumento de proteção adequado, efetivo e célere.

Destaca, ainda, que a lei não está em consonância com os preceitos da tutela coletiva no ordenamento pátrio. Isso porque, antes da lei, doutrina e jurisprudência majoritários

entendiam pela possibilidade de tutela de direitos difusos por meio de Mandado de Segurança Coletivo. Assim, como já afirmado, essa restrição representaria um retrocesso.

No mesmo sentido, BUENO (2009a) afirma que o Mandado de Segurança Coletivo deve ser entendido como instrumento apto a tutelar direitos difusos, nos termos do art. 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor. Os direitos difusos são aqueles transindividuais, de natureza indivisível, cujos titulares sejam pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Sustenta o autor que os partidos políticos não devem ter sua atuação limitada à defesa de seus filiados. Desde que sejam observadas as finalidades institucionais, é possível beneficiar pessoas indeterminadas, ainda que não haja relação jurídica básica entre os eventuais beneficiários. Deve-se aplicar o mesmo raciocínio às entidades de classe, também legitimadas para impetrar Mandado de Segurança Coletivo. Um direito que, em princípio, poderia ser classificado como difuso, pode estar intrinsecamente ligado às finalidades da entidade coletiva, tornando-a apta para buscar a tutela daquele direito, por meio do *mandamus*.

Faz-se mister ressaltar que a divisão entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos não pode ser considerada de maneira estanque e isolada, sem qualquer relação entre um e outro. Ao contrário, os direitos ou interesses relacionam-se entre si, misturam-se, a ponto de, muitas vezes, não ser possível definir, *a priori*, em qual categoria se encaixa.

Ademais, retirar os direitos difusos do âmbito da proteção pela via mandamental seria ir de encontro ao princípio da não-taxatividade da ação coletiva. Ora, se o Mandado de Segurança Coletivo se mostra adequado para tutelar determinado direito, não seria razoável impedir a sua utilização apenas porque se trata de direito difuso.

Nessa linha, levando-se em conta o caráter de garantia constitucional conferido ao Mandado de Segurança, a boa hermenêutica determina que se faça uma interpretação



ampliativa, e não restritiva. Por tal motivo, não agiu com acerto o legislador, ao tentar limitar algo que a Constituição não fez.

#### 4. A RELAÇÃO ENTRE O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO E O INDIVIDUAL

Como já afirmado, antes da entrada em vigor da Lei nº 12.016/09 não havia regramento expresso acerca do Mandado de Segurança Coletivo. A Constituição da República de 1988 se limitou a prever a ação coletiva, sem, no entanto, estabelecer regras sobre o seu procedimento.

A solução apresentada pela doutrina, então, era a utilização tanto das normas contidas na Lei nº 1.533/51, que regulava o Mandado de Segurança individual, quanto das normas atinentes às outras ações coletivas.

Nesse passo, o *writ* coletivo, assim como o individual, apresentava rito de caráter sumário, sendo que a petição inicial já devia vir acompanhada das provas documentais necessárias à comprovação do que fora alegado.

Por outro lado, por ser demanda coletiva, fazia-se necessário observar características como o regime de substituição processual (em que se dispensa a autorização específica dos substituídos processuais), a sentença com certo grau de generalidade e a liberdade de adesão do titular do direito discutido.

Com relação à liberdade de adesão, destaca-se que, no sistema das ações coletivas, não havia – e não há – adesão implícita do titular do direito subjetivo objeto da lide. O interessado em se vincular ao processo coletivo deve manifestar-se expressa e inequivocamente. Nesse ponto, aplicava-se, por analogia, a Lei nº 8.078/90, que, ainda em vigor, confere ao substituído a faculdade de aderir à demanda coletiva como litisconsorte do

substituto processual, a faculdade de prosseguir com seu Mandado de Segurança individual, e, por fim, a possibilidade de utilizar ou não a sentença concessiva da ordem a seu favor.

O prosseguimento da ação individual é possível, pois não se sustenta que a tramitação concomitante com uma coletiva resulta em litispendência. A doutrina, na verdade, fala em nexo de continência, tanto do objeto quanto do titular do interesse, além da conexão.

Não há litispendência, pois não há coincidência entre os elementos da demanda – partes, pedido e causa de pedir. De acordo com ZAVASCKI (2008), o Mandado de Segurança individual tem cognição mais ampla do que o coletivo, pois envolve o direito líquido e certo do impetrante em todas as suas peculiaridades, ao passo que, na demanda coletiva, a cognição se restringe ao núcleo de homogeneidade dos direitos subjetivos, analisados de maneira genérica e impessoal.

Nesse passo, as ações coletivas em geral não impedem a tramitação das ações individuais, nem estas se configuram empecilhos para a utilidade daquelas.

Certo é que há risco de coexistirem decisões contraditórias, o que não seria desejável. Então, para evitar que a contradição passe para o plano prático, o legislador estabeleceu que quem quiser se beneficiar da eventual coisa julgada favorável proferida em sede de ação coletiva ou não deverá ajuizar a demanda individual ou deverá sobrestar a demanda já ajuizada, para aguardar o desfecho da ação coletiva.

Essa sistemática está prevista no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor e vinha sendo aplicada, também, para a relação entre o Mandado de Segurança Coletivo e o Mandado de Segurança individual.

Nessa esteira, ao ser impetrado o *mandamus* coletivo, se já estivesse em curso um *mandamus* individual, o impetrante deste deveria requerer a suspensão do processo para aguardar a solução conferida à ação coletiva. Caso essa solução lhe fosse desfavorável,

poderia dar continuidade ao processo suspenso, para tentar obter decisão melhor no âmbito da tutela individual.

Não há dúvidas de que esse mecanismo reflete a intenção do microsistema de processo coletivo existente no ordenamento brasileiro, que, segundo MANCUSO (2007, p. 519), é a de “viabilizar a interação de duas realidades processuais de dimensões diversas”. De um lado, tem-se a tutela coletiva, que vai além da justaposição de lides individuais, e de outro a tutela individual, que tem como legitimados ativos, em regra, os sujeitos titulares dos interesses levados a juízo pela primeira.

Registra-se que a ideia que permeia esse microsistema é a de aproveitar a cognição judicial do processo coletivo, mas sem deixar de propiciar aos indivíduos atingidos pelos direitos transindividuais discutidos a possibilidade de utilizar a coisa julgada apenas naquilo o que lhes beneficiar. Então, seja na condenação pecuniária, seja na condenação em obrigação de fazer ou não fazer, o indivíduo não é compelido a acatar a coisa julgada que lhe for desfavorável. Pode, ao contrário, buscar a tutela jurisdicional no plano individual.

Assim, a intenção do legislador foi justamente a de evitar que o indivíduo fosse prejudicado pelos efeitos reflexos da coisa julgada coletiva eventualmente desfavorável. A coisa julgada coletiva só se projeta sobre os sujeitos concernentes ao direito discutido se lhes for favorável. É o que se depreende do §1º do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor.

E pode-se afirmar que a tendência é a continuidade dessa sistemática, tendo em vista que foi acompanhada, em alguns pontos, pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado em janeiro de 2007. De acordo com o anteprojeto, de fato não há litispendência entre as demandas coletiva e individual. Mantém-se, também, a necessidade de suspensão da ação individual para aproveitamento da solução favorável que seja conferida no processo coletivo. Caso a decisão seja desfavorável, será possível o prosseguimento da ação individual.

Destaca-se apenas que, pelo anteprojeto, é possível que o autor na demanda individual retome o seu curso a qualquer momento, nos casos em que versar sobre direitos ou interesses específicos do autor.

Apesar disso, a Lei nº 12.016/09, ao disciplinar o Mandado de Segurança Coletivo, adotou outra regra para a relação entre a demanda individual e a coletiva.

Todavia, antes de se analisar especificamente a relação entre a demanda coletiva e a demanda individual, faz-se necessário entender o regime da coisa julgada produzida pela sentença proferida em Mandado de Segurança Coletivo.

O legislador, no parágrafo único do art. 21 da mencionada lei, estabeleceu que podem ser tutelados pelo instrumento em tela os direitos coletivos e os direitos individuais homogêneos, nada dispondo acerca dos direitos difusos. Ora, seguindo a mesma linha, previu, no artigo seguinte, que a coisa julgada atingirá apenas os membros do grupo ou categoria substituídos pela entidade impetrante.

Nessa esteira, os limites subjetivos da coisa julgada apresentam-se coerentes com os direitos tuteláveis pelo Mandado de Segurança Coletivo. Ao menos pela letra da lei, pois, como já afirmado, o empecilho à tutela dos direitos difusos não se mostra razoável. Caso se admita a utilização do *mandamus* para a tutela de direitos difusos, não se poderão adotar tais limites subjetivos. Nesse caso, ao contrário, a coisa julgada atingirá todas as pessoas sujeitas ao ato apontado como coator.

O art. 22, então, apenas previu os limites subjetivos da coisa julgada, sem estabelecer, no entanto, a técnica de produção da coisa julgada, isto é, em que situações tais pessoas seriam efetivamente atingidas.

DIDIER JR. e ZANETI JR. (2010) apresentam três possíveis soluções para o preenchimento dessa lacuna normativa.

Primeiro, poder-se-ia considerar a coisa julgada *pro et contra*, ou seja, que afeta os substituídos seja a sentença favorável, seja desfavorável.

A segunda solução seria aplicar ao Mandado de Segurança Coletivo o modo de produção de coisa julgada do Mandado de Segurança individual, qual seja *secundum eventum probationis*.

Por fim, a terceira solução apresentada seria a de se adotar a técnica de produção de coisa julgada utilizada pelo microssistema da tutela coletiva. O preenchimento da lacuna se daria, então, pelo disposto no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, que funciona como uma norma geral para as ações coletivas.

Tal artigo descreve detalhadamente como se dará a coisa julgada coletiva, prevendo que ela só se transfere aos sujeitos concernentes ao direito discutido para beneficiá-los, nunca para prejudicá-los.

Assim, será *secundum eventum probationis*, em que a coisa julgada não se opera em caso de improcedência por insuficiência de provas, e *secundum eventum litis*, em que apenas a sentença favorável faz coisa julgada. Nesse passo, não ficam prejudicadas as pretensões dos titulares dos direitos individuais.

De acordo com os juristas acima, juntamente com BUENO (2009a), a terceira seria a mais acertada solução, na medida em que mantém a coerência do microssistema da tutela coletiva e que evita o retrocesso do Mandado de Segurança, que se apresenta como um direito fundamental.

Entretanto, no entender de REDONDO *et al* (2009), estando o dispositivo silente a esse respeito, conclui-se que a coisa julgada é *pro et contra*. De acordo com os autores, não se pode aplicar ao *writ* coletivo a sistemática prevista no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, pois a Lei 12.016/09 é norma posterior e especial, o que exclui a incidência ao caso da norma anterior e geral.

Dessa forma, é possível destacar duas correntes acerca do modo de produção da coisa julgada no *writ* coletivo. A primeira sustenta a aplicação da sistemática do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor. Já a segunda entende que o silêncio da lei de Mandado de Segurança não autoriza a utilização da norma consumerista.

Ora, levando-se em conta a existência do microsistema da tutela coletiva, como já amplamente discutido, mostra-se perfeitamente possível a integração da lacuna normativa por meio da utilização do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor.

Definido o modo de produção da coisa julgada, passa-se à análise do disposto no art. 22, §1º, da lei de Mandado de Segurança.

O dispositivo em tela estabelece que o impetrante a título individual só poderá ser beneficiado pela impetração coletiva se requerer a desistência do seu Mandado de Segurança em trinta dias, contados da ciência da impetração da ação coletiva.

Essa regra, no entanto, apresenta-se na direção oposta do que vinha sendo adotado pelos demais diplomas de processo coletivo, na medida em que prevê a necessidade de desistência da ação individual, e não a suspensão da mesma.

Exigir que o indivíduo desista do seu mandado de segurança para se beneficiar da decisão coletiva vai de encontro ao modelo constitucional de processo civil que vem sendo desenvolvido.

DIDIER JR. e ZANETI JR. (2010) afirmam que essa exigência, além de destoar do microsistema, pode se mostrar inconstitucional, nos casos em que a desistência inviabilizar a impetração de novo *writ*, pelo decurso do prazo decadencial de cento e vinte dias. Caso ocorra a decadência, isso acarretará na perda de um direito fundamental, pois, como afirmado alhures, o Mandado de Segurança encontra-se no rol das garantias e direitos fundamentais da Constituição de 1988.

Então, ainda que a desistência não enseje uma decisão de mérito, pode ser que implique na perda de um direito previsto constitucionalmente. E, com isso, a prática poderá levar essa norma ao desuso, já que possivelmente as pessoas preferirão continuar com o Mandado de Segurança individual a desistir e correr o risco de aderir ao Mandado de Segurança Coletivo.

BUENO (2009a, pp. 137-138) também critica o dispositivo no tocante à necessidade de desistência do *mandamus* individual. De acordo com o jurista, caso a ordem seja denegada no Mandado de Segurança Coletivo, “pela letra da nova lei, todos os impetrantes individuais estarão irremediavelmente sujeitos àquela decisão, mesmo que contrária a seus interesses, porque, para (tentar) se beneficiar de seus efeitos, foram obrigados a desistir de suas próprias impetrações”.

Assim, BUENO sustenta que não se deve aplicar a literalidade da lei. Deve-se, ao contrário, fazer uma interpretação de acordo com o sistema de processo coletivo, para que o indivíduo possa aguardar a solução da impetração coletiva, sem que seja obrigado a desistir da sua impetração.

No entanto, não é o que sustenta LOPES (2009), para quem o advento da nova lei alterou a sistemática para o Mandado de Segurança Coletivo. Se antes era aplicado o disposto no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, agora deve ser observada a regra do §1º do art. 22 da Lei nº 12.016/09. É necessário, portanto, que o impetrante desista da demanda individual, para se beneficiar, eventualmente, da decisão proferida na ação coletiva.

No mesmo sentido, REDONDO *et al* (2009), que defendem a solução apontada pela lei do Mandado de Segurança. De acordo com os autores, a coisa julgada da impetração coletiva atinge os substituídos mesmo para prejudicá-los. Então, se o indivíduo opta por se sujeitar ao Mandado de Segurança Coletivo, deve ficar inteiramente sujeito à coisa julgada coletiva. Daí a necessidade de desistência da demanda individual (Mandado de Segurança ou

qualquer outra ação que possa alcançar o mesmo resultado da impetração coletiva), pois o sujeito não poderá mais prosseguir com sua impetração, qualquer que seja o resultado do *writ* coletivo.

A despeito da coerência apresentada pela segunda corrente citada, parece mais adequada a realização de interpretação não literal da lei, mas sim de acordo com o microsistema da tutela coletiva.

Apesar de a Lei nº 12.016/09 ser posterior e especial, não se mostra razoável a situação por ela criada, no tocante à relação entre as demandas individuais e coletivas. Com efeito, tendo em vista os princípios relativos ao processo coletivo, em conjunto com as normas previstas nos outros diplomas legais, o legislador não agiu adequadamente ao exigir a desistência da ação individual.

Ora, parece mais adequada a corrente doutrinária segundo a qual a coisa julgada no Mandado de Segurança Coletivo não pode ser considerada *pro et contra* e, conseqüentemente, o indivíduo não tem que ficar, irremediavelmente, submetido ao que for decidido no âmbito coletivo. Deve ser aplicada a sistemática do art. 103 e do art. 104, ambos do Código de Defesa do Consumidor, com o transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva para o plano individual, requerendo-se, para tanto, a suspensão da ação individual.

Diante disso, a interpretação mais adequada à norma em tela é a que, mais uma vez, privilegia a intercomunicação dos diplomas legais que compõem o microsistema da tutela coletiva.



## CONCLUSÃO

É inegável a existência de um microsistema de tutela coletiva, composto por diversas normas que, de alguma forma, guardam relação entre si. Em caso de lacuna da Lei de Ação Civil Pública, por exemplo, busca-se a solução na Lei de Ação Popular ou no Código de Defesa do Consumidor, e vice-versa. Esse era o procedimento aplicado também ao Mandado de Segurança Coletivo, que, carente de regulamentação infraconstitucional, tinha seu procedimento determinado pela Lei nº 1.533/51 e pelas demais leis de ações coletivas.

Ocorre que, com o advento da Lei nº 12.016/09, o legislador, em alguns pontos, em vez de encampar as ideias contidas no microsistema, estabeleceu regras em sentidos opostos, gerando na doutrina certa perplexidade.

Assim ocorreu com a restrição imposta aos partidos políticos, de que a impetração coletiva só pode estar relacionada aos seus membros ou às suas finalidades partidárias. Ocorreu também com o silêncio a respeito da tutela dos direitos difusos por meio de Mandado de Segurança Coletivo. E, por fim, com a exigência da desistência da demanda individual para que o sujeito se beneficie da decisão proferida na impetração coletiva.

Essas previsões, ao contrário do que se esperava de uma lei que viesse a regular esse importante instrumento de garantia dos direitos fundamentais, restringem a proteção ao indivíduo. Destoam, por conseguinte, dos princípios que regem o direito processual coletivo, como o da não-taxatividade, o da máxima efetividade e o do microsistema.

Como se trata de uma lei muito recente, ainda não há posicionamentos jurisprudenciais a respeito dos temas aqui abordados. Certo é que parte da doutrina discorda das previsões legais. No entanto, é imprescindível aguardar as soluções que serão apresentadas pelo Superior Tribunal de Justiça e, principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. *Aspectos do mandado de segurança coletivo no direito tributário*. In: DIDIER JR., F.; MOUTA, J. H. (Coord.) *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à Lei nº 12.016, de 7-8-2009*. São Paulo; Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Mandado de Segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 5. ed. v.4. – Salvador: Jus Podivm, 2010.
- LOPES, Mauro Luís Rocha. *Comentários à nova lei do mandado de segurança: Lei nº 12.016/2009*. Niterói: Impetus, 2009.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. *Ação popular e o microsistema da tutela coletiva*. In: DIDIER JR., F.; MOUTA, J. H. (Coord.) *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- REDONDO, Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; CRAMER, Ronaldo. *Mandado de segurança: comentários à Lei 12.016/2009*. São Paulo: Método, 2009.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.