MARCOS VINÍCIUS PINTO

**O mandado de segurança coletivo como
instrumento de tutela coletiva**

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Titular Dra Ada Pellegrini Grinover

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2014**

MARCOS VINÍCIUS PINTO

**O mandado de segurança coletivo como
instrumento de tutela coletiva**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de Direito Processual Civil, sob orientação da Professora Titular Dra. Ada Pellegrini Grinover.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2014**

À Ada Pellegrini Grinover, meu norte acadêmico.

AGRADECIMENTOS

À Julia Martins Pimenta, meu eu fora de mim, pelo seu amor em estado bruto.

Aos meus pais, Ednalva Binda e Helimar Pinto, pelo suporte e pelo carinho.

Ao Paulo, meu irmão, pela paciência.

À Tia Vasti e à Ignêz, torcedoras incondicionais do meu sucesso.

Aos amigos Adriano Camargo, Bruno Silveira de Oliveira, Elie Eid, Guilherme Recena Costa, Pedro Pereira Leite, Ricardo Lima Rangel, Thiago Siqueira e Vitor Burgo, cúmplices e confidentes das angústias despertadas pelo tema deste trabalho.

Aos meus sócios, Giulia Bachour, Yghor Dalvi e Luiz Ricardo Oliveira Santos, pela cumplicidade e amizade na tempestade e na bonança.

A Samuel Meira Brasil Jr. e Paulo Henrique dos Santos Lucon, dois dos principais incentivadores da minha vida acadêmica.

A todos do Lucon Advogados, na pessoa do sócio João Paulo Hecker da Silva, pela oportunidade de lidar apenas com o meu objeto de fascínio: a tutela coletiva.

À Professora Susana Henriques da Costa e ao Professor Camilo Zufelato, pelas contribuições substanciais para o amadurecimento do trabalho quando da banca de qualificação.

Por fim, a Ada Pellegrini Grinover, por quem nutro uma admiração que, quando a seu lado, insiste em me emudecer.

A todos, muito obrigado!

RESUMO

MARCOS VINÍCIUS PINTO. O mandado de segurança coletivo como instrumento de tutela coletiva. 2014. 245 fls. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

O presente estudo tem como objetivo discutir o mandado de segurança coletivo como verdadeira demanda a serviço da tutela processual de direitos coletivos em sentido amplo. Nesse sentido, as intenções principais residem em destacar o *mandamus* coletivo naquilo em que o distingue do mandado de segurança individual. Desse modo, são propositalmente lançados problemas que acentuam essas substanciais diferenças entre os dois institutos, o que passa pela discussão da natureza jurídica, dos direitos tutelados, da legitimidade, da coisa julgada, da litispendência, do procedimento (especialmente no tocante ao deferimento de liminares), da intervenção de terceiros e da desistência. É evidente que a construção do trabalho não prescinde da análise da Lei 12.016/2009, primeira lei a regulamentar o mandado de segurança coletivo – cujo fundamento de validade, até então, se concentrava apenas na Constituição Federal (art. 5º, inc. LXX). Essa Lei trouxe várias disposições acerca do *writ* coletivo, fracassando, no entanto, em dialogar diversos de seus pontos com o microssistema de tutela coletiva.

Palavras-chave: Mandado de segurança coletivo. Instrumento. Tutela coletiva. Lei 12.016/2009. Diálogo. Microssistema de tutela coletiva.

ABSTRACT

MARCOS VINÍCIUS PINTO. The “class mandamus writ” as an action for the protection of collective rights. 2014. 245 fls. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2014.

The aim of this dissertation is to discuss the “class mandamus writ” as an action for the protection of collective rights. It seeks to underline the distinction between the individual and the class “mandamus writ” with a focus on the latter. In order to emphasize the substantial differences between the two institutes, particularly with regard to their nature, the rights they protect, res judicata, pendency, other procedural issues (particularly in relation to interim injunctions), joint of parties and quitclaim, the dissertation proposes questions related to these topics. It is clear that this dissertation cannot dispense with the analysis of Lei 12.016/2009, which was the first act to regulate the “class mandamus writ”. Until the enactment of that act, the “class mandamus writ” fundament of validity was exclusively the art. 5, LXX of the Federal Constitution. Although, this act has brought many provisions on the “class mandamus writ”, it failed in establishing a dialogue with the collective redress microsystem.

Keywords: “Class mandamus writ”. Protection of collective rights. Lei 12.016/2009. Dialogue. Collective redress microsystem.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1. INTRODUÇÃO: A NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE O MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL E COLETIVO 10

CAPÍTULO 2. NATUREZA JURÍDICA DO MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL E COLETIVO E DOS DIREITOS NELES TUTELADOS

2.1 Natureza jurídica do mandado de segurança individual	18
2.2 Natureza jurídica do mandado de segurança coletivo	28
2.3 Direitos tuteláveis em mandado de segurança individual.....	35
2.4 Direitos tuteláveis em mandado de segurança coletivo: um amplo instrumento a serviço da tutela de direitos coletivos em sentido lato – inaplicabilidade das vedações impostas pelo art. 1º, parágrafo único da Lei 7.347/1985.....	35
2.4.1 Direitos individuais homogêneos.....	37
2.4.2 Direitos coletivos em sentido estrito.....	42
2.4.3 Direitos difusos	43

CAPÍTULO 3. ASPECTOS PECULIARES DO MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL E COLETIVO

3.1 O direito líquido e certo no mandado de segurança individual	51
3.1.1 A prova documental pré-constituída.....	56
3.2 O direito líquido e certo no mandado de segurança coletivo.....	60
3.2.1 A prova documental pré-constituída: provas complexas podem estreitar a incidência do <i>writ</i> coletivo	61
3.3 Mandado de segurança e tutela diferenciada	62
3.4 Cognição no mandado de segurança.....	64

CAPÍTULO 4. LEGITIMIDADE, REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA E MANDADO DE SEGURANÇA

4.1 Notas introdutórias do capítulo.....	69
4.2 Representatividade adequada.....	71
4.3 Legitimidade de parte	81
4.3.1 Conceito de parte e parte capaz	82
4.3.2 Parte legítima: legitimidade ordinária, extraordinária e autônoma.....	83
4.3.3 Legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo	89
4.3.3.1 Natureza da legitimação.....	89
4.3.3.2 A (não) taxatividade do rol de legitimados previstos no art. 5º, inc. LXX da CF/88, bem como do art. 21 da Lei 12.016/2009	96
4.3.3.3 A dispensabilidade da lista de substituídos e de autorização do membro do grupo, categoria ou classe	101
4.3.3.4 É possível a impetração de mandado de segurança coletivo para parte da categoria ou classe?	106
4.3.4 Questões específicas sobre alguns legitimados	108

4.3.4.1 Ministério Público.....	108
4.3.4.2 Defensoria Pública.....	112
4.3.4.3 Partido Político	114
4.3.4.4 Sindicatos.....	123
4.3.4.5 Associações.....	128

CAPÍTULO 5. COISA JULGADA EM MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL E COLETIVO

5.1 Coisa julgada em MS individual.....	132
5.2 Coisa julgada no minissistema de processos coletivos.....	136
5.2.1 Coisa julgada <i>secundum eventum litis</i>	136
5.2.2 Coisa julgada <i>secundum eventum probationis</i>	143
5.3 Coisa julgada no MS coletivo.....	145
5.3.1 O tratamento dispensado pela doutrina e jurisprudência sob a égide da Lei 1.533/1951	146
5.3.2 A coisa julgada no MS coletivo e a Lei nº 12.016/2009.....	147
5.3.2.1 A assistemática do art. 22 da Lei nº 12.016/2009.....	150
5.3.2.2 A inconstitucionalidade do art. 22 da Lei nº 12.016/2009.....	153
5.3.3 Impossibilidade de aplicação do Código de Processo Civil	155
5.3.4 Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: regra geral de processos coletivos.....	157
5.3.4.1 Direitos individuais homogêneos e coisa julgada em MS coletivo	161
5.3.4.2 Direitos difusos, coletivos em sentido estrito e coisa julgada em MS coletivo.....	164
5.4 Relação entre as coisas julgadas no MS individual e coletivo	167
5.4.1 Condição para extensão da coisa julgada no MS coletivo ao indivíduo. Desistência x suspensão: a inconstitucionalidade e assistemática do parágrafo 1º do art. 22 da Lei nº 12.016/2009	168
5.5 Limites territoriais da coisa julgada em MS coletivo	173

CAPÍTULO 6. OUTROS ASPECTOS PECULIARES DO MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL E COLETIVO

6.1 Mandado de segurança e distribuição do ônus da prova	176
6.2 Litispendência e mandado de segurança individual e coletivo.....	179
6.2.1 Litispendência entre mandado de segurança coletivo e mandado de segurança coletivo.....	182
6.2.2 Litispendência entre o mandado de segurança coletivo e outra demanda coletiva ..	185
6.2.2.1 Há litispendência entre o mandado de segurança coletivo e outra demanda coletiva. Como proceder: suspensão, reunião ou extinção?	189
6.2.2.2 Litispendência entre mandado de segurança coletivo e a ação popular: a superação do Enunciado 101 da Súmula do STF	192
6.2.3 Inexistência de litispendência entre o mandado de segurança coletivo e as demandas individuais.....	195
6.3 Liminar e mandado de segurança individual e coletivo	196
6.4 Ministério Público como <i>custus legis</i> : distinção entre o mandado de segurança individual e coletivo.....	201
6.5 Terceiros no MS individual	206
6.6 Terceiros no MS coletivo.....	213
6.7 Desistência e/ou abandono: é possível que o MP e/ou os demais legitimados assumam o polo ativo do MS coletivo?	218

7. CONCLUSÃO	222
REFERÊNCIAS	229

CAPÍTULO 1 - INTRODUÇÃO: A NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE O MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL E COLETIVO

Dizer que a universalização do acesso à Justiça tem sido preocupação constante do processualista é lugar comum. Todavia, em meio às pilhas e pilhas de processos que se amontoam nas instalações do Poder Judiciário, nota-se que, embora repisado, o tema não perde relevância e continua a ensejar dedicação e apreço do operador do Direito. Ao constatar que ainda há o que ser pesquisado, pensado e construído acerca da efetividade e abrangência do fenômeno em comento (acesso à Justiça) é que as ações coletivas têm a atenção da doutrina. Soma-se a isso a necessidade de democratizar o processo e de permitir a participação social nas novas formas de conflitos sobre os quais o Estado é instado a se manifestar.¹ Inserido nesse contexto, este estudo terá como objeto de análise o mandado de segurança coletivo.

A preocupação manifesta que ficará evidente nas linhas que se sucederão será a de distinguir o *writ* coletivo do *writ* individual, a ponto de aplicar àquele regras e princípios que não se aplicam a este. O *mandamus* coletivo é verdadeira ferramenta a serviço da tutela jurisdicional de direitos coletivos, o que tem sido olvidado por certa doutrina e também pelo legislador. O instituto, portanto, se encontra em sérios apuros e corre risco de desnaturação em relação à criação feita pelo Poder Constituinte Originário de 1988, que o afastou das ingerências da tutela individual.

Nosso trabalho será o de jogar luz nos aspectos peculiares da parte cognitiva, não penal do mandado de segurança coletivo, naquilo que o distingue daquele outro *writ*, típico da tutela individual.

O pontapé inicial rumo a essa meta, parte dos debates sobre o acesso à Justiça – especialmente aqueles travados na segunda onda renovatória de Mauro Cappelletti e Bryant Garth² –, nos quais a tutela de interesses ou direitos coletivos (em sentido lato) é tema certo. Por consequência, a tutela processual de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos também é um ponto saliente a ser enfrentado com

¹ VIGORITI, Vincenzo. *Interessi Collettivi e Processo: la legittimazioni ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979. pp. 3-7.

² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

acuidade e zelo, ante as proporções amplas que o pronunciamento jurisdicional pode atingir.

Essas ferramentas foram criadas para se adequarem à nova realidade do Estado Democrático de Direito³ que, a seu turno, “abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais (...) pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social”.⁴ Não bastam apenas os direitos de abstenção do Estado Liberal, tampouco os direitos prestacionais do Estado Social,⁵ é preciso oportunizar a participação democrática, inclusive no processo.

Referido processo se insere diante de uma sociedade complexa, globalizada, de ascendente interatividade, de consumo e de conflitos de massa, estes relacionados às mais diversas matérias (religião, meio ambiente, relações de trabalho, incolumidade do patrimônio público e inúmeros outros). As novas necessidades e exigências sociais, para serem compreendidas, exigiam a abstração da antiga dicotomia “*público e privado*”, lógica sob a qual todos os instrumentos de tutela processual existentes até então foram construídos. Este fato tornava obsoletas e insatisfatórias as clássicas ferramentas de tutela individual, únicos meios de acesso ao Judiciário do qual dispunham os jurisdicionados.⁶

³ “E, para atingir esses *objetivos fundamentais* (aos quais se acresce o princípio da prevalência dos direitos humanos: art. 4º, II, da CF), o Estado tem que se organizar no *facere e praestare*, incidindo sobre a realidade social. É aí que o Estado social de direito transforma-se em Estado democrático de direito”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle judicial de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed.rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009. p. 38).

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. Malheiros: São Paulo, 2007. p. 120.

⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

⁶ “*Un punto preliminare che mi sembra emergere chiaramente dalle prime reazioni e interventi, ha portato (o, meglio, riportato) alla luce la chiara insufficienza della tradizionale dicotomia pubblico-privato. È una dicotomia superata, superata dalla realtà (anche se, purtroppo, non ancora superata da tutta la dottrina e la giurisprudenza italiane). La realtà nella quale viviamo è quella di una società di produzione di massa, di consumo di massa, di scambi di massa, di turismo di massa, di conflitti o conflittualità di massa (in materia di lavoro, di rapporti fra razze, religione, ecc.), per cui anche le violazioni contro le quali la ‘giustizia’ è intesa a dar protezione, sono evidentemente non soltanto violazioni di carattere individuale ma spesso anche di carattere collettivo, che coinvolgono e colpiscono categorie, classi, collettività sono insomma ‘violazioni di massa’.*” Tradução livre: “um ponto preliminar que me parece emergir claramente da primeira reação e intervenção, conduziu (ou melhor, reconduziu) à luz a clara insuficiência da tradicional dicotomia público-privado. É uma dicotomia superada, superada pela realidade (ainda que, infelizmente, não tenha sido superada por toda a doutrina italiana). A realidade na qual vivemos é a de uma sociedade de produção em massa, de consumo de massa, de trocas de massa, de turismo de massa, de conflitos e conflituosidade de massa (em matéria trabalhista, de relacionamento entre raças, religião, etc.), de modo que também a violação contra a “justiça” é destinada a dar proteção, sendo evidentemente não somente violações de caráter individual mas muito também de caráter coletivo, que envolvem e afetam categorias, classes, coletividades,

Era, então, preciso criar alguns mecanismos para o êxito dessa tarefa – o que passava, inclusive, pela reflexão sobre a utilidade, suficiência e compatibilidade daqueles mecanismos já existentes com os novos anseios dos cidadãos.⁷ Chegado era o momento de um olhar detido sobre direitos que não tinham histórico de instrumentos disponíveis para efetivação em âmbito judicial, caso daqueles que exigiam obrigações prestacionais do Estado, tais como os sociais e os relacionados ao meio ambiente, moralidade pública, patrimônio histórico e cultural, dentre outros.⁸

No caminhar da história brasileira rumo ao Estado Democrático de Direito, a criação e amadurecimento desses mecanismos de efetividade se inicia em 1939, com os dissídios coletivos concebidos no Direito do Trabalho. Estes podem ser considerados como o primeiro esforço nesse intento. No entanto, no que concerne aos direitos civis, o marco normativo que inaugura a tutela de direitos transindividuais é a Lei 4.717/1965, conhecida como Lei de Ação Popular, que permitiu que qualquer cidadão (entendido este como o que tenha título de eleitor) pudesse requerer a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, estes considerados como os “bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”.

A ferramenta era válida, mas ainda não satisfazia a proteção de todos os direitos da coletividade. Isso porque não havia tutela instrumental para outros conflitos (de impacto de massa) que existiam sem que, necessariamente, envolvessem diretamente o Estado, ou as situações previstas na Lei de Ação Popular. Era preciso evoluir para fortalecer a tutela coletiva, o que veio a ocorrer com a edição da Lei 7.347/1985, a Lei de Ação Civil Pública. A reparação do dano passava a ser viável, mediante indenização em dinheiro ou por obrigação de fazer e não fazer. Eram também previstos legitimados extraordinários que substituiriam a coletividade na defesa da tutela reparatória.

em suma, 'violações de massa'". (CAPPELLETTI, Mauro. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi*. Padova: Cedam, 1976. p. 191).

⁷ “A nível processual, a tutela dos interesses difusos significa uma profunda alteração dos conceitos clássicos de ação, jurisdição e processo, pela introdução do dado político, não considerado nos esquemas tradicionais e individualistas; e indica a necessidade de se adaptarem as velhas técnicas do processo às nossas necessidades sociais”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; VIGORITI, Vincenzo (orgs.). *Processo coletivo*. São Paulo: RT, 2014. p.57).

⁸ COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da Moralidade Administrativa*. São Paulo: QuartierLatin, 2009. pp. 28-41.

Esse instrumento, então ainda bruto, sofreu lapidações com o advento da Constituição de 1988 – cujo texto impactou a tutela coletiva como um todo (inclusive com a criação do instituto do *mandamus* coletivo). Até aquele momento não havia menção aos direitos coletivos e difusos no bojo da Lei de Ação Civil Pública. No entanto, a CF/88, em seu artigo 129, inc. III, incumbiu institucionalmente o Ministério Público de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses *difusos* e *coletivos*”. Ademais, com uma série de novos direitos transindividuais inseridos na nova ordem constitucional – caso do direito dos portadores de deficiência, crianças e adolescentes, idosos, índios, dentre outros –, era preciso, uma vez mais, robustecer o instituto.

O novo vigor de que precisava a Lei de Ação Civil Pública foi dado pela Lei 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor. Este, a seu turno, assumiu o protagonismo da tutela judicial de direitos transindividuais para se tornar o mais importante regramento acerca do tema. Em conjunto com a Lei de Ação Civil Pública, as normas e princípios neles constantes compõem o elo que amarra todas as disposições sobre a tutela processual dos direitos coletivos em sentido amplo, naquilo que era cabível. Estava formado um verdadeiro sistema (*rectius*, microsistema) de tutela coletiva, que, para além das mencionadas leis, integrou antigas, novas e eventuais futuras disposições sobre direitos metaindividuais.⁹

Diante desse panorama, a tutela coletiva, de qualquer espécie, faz jus a uma análise profunda por parte do estudioso do tema, pois este, se bem manejado, ajudará a dar repercussão de massa à resolução do conflito. Por outro lado, se mal empregado, tem o condão de propagar decisões viciadas a um número expressivo de pessoas. Assim, a abrangência do *decisum* em ação coletiva é, simultaneamente, sua maior qualidade e defeito.

⁹ Ada Pellegrini Grinover emprega o termo “minissistema brasileiro de processos coletivos”. (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*: processo coletivo (arts.81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II. pp. 33-35).

Essas preocupações com o correto tratamento (doutrinário e normativo) da ação coletiva ficam mais evidentes no mandado de segurança, pois, neste último, o receio de malversação dos institutos de tutela coletiva se tornou realidade.

Pela perspectiva doutrinária, existem posicionamentos que defendem que o *writ* coletivo é “o mesmo mandado de segurança, adornado com um adjetivo”.¹⁰ Pelos defensores dessa linha de pensamento, o *writ* coletivo tutela “os mesmos direitos que comportam defesa pelo mandado de individual”,¹¹ a ponto de classificar como tentativa de “balburdiar, desnecessariamente, o instituto”,¹² a corrente que o reflete pelo prisma dos direitos metaindividuais. A seu turno, outra corrente defende que o mandado de segurança individual difere do coletivo “apenas no que diz respeito à natureza dos impetrantes”.¹³⁻¹⁴

A tentativa a que se propõe o presente trabalho será a de caracterizar o mandado de segurança coletivo como verdadeira ferramenta a serviço da coletividade. Com o devido vagar, apontaremos que o *writ* coletivo difere em diversos aspectos do mandado de segurança individual, a ponto de lotarmos o instituto em outra posição no ordenamento jurídico. Os seguintes critérios de comparação, a serem oportunamente detalhados, denotam essa diferenciação:¹⁵

- *Natureza jurídica*: ao *writ* coletivo se aplicariam as normas e princípios de tutela coletiva? Para chegarmos a alguma conclusão será preciso investigar a

¹⁰ SIDOU, J.M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data e ação popular* – as garantias ativas dos direitos coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.256.

¹¹ CALMON DE PASSOS. *Mandado de Segurança Coletivo, mandado de injunção, “habeas data”*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 8.

¹² CALMON DE PASSOS. *Mandado de Segurança Coletivo, mandado de injunção, “habeas data”*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p.9.

¹³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Os “writs” na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p.76.

¹⁴ Em sentido semelhante (e com o qual discordamos), há doutrina que afirme o seguinte: “pelo que se vê, o mandado de segurança coletivo possui regime vinculado, pois, de acordo com a sistemática da Constituição de 1988, ele não se distancia das bases constitucionais do *writ* individual. O constituinte não criou um instituto independente e isolado, apenas ampliou a legitimidade ativa, aumentando o *spectrum* dos impetrantes. (BULOS, Uadi Lamêgo. *Mandado de segurança coletivo*. São Paulo: RT, 1996. p.5).

¹⁵ “Há, portanto, no direito brasileiro atual, duas espécies de mandado de segurança: o individual e o coletivo. O primeiro já conta mais de meio século de aplicação, é de largo uso e está regulamentado pela Lei 1.533/51. O segundo é de origem recente, só havendo a seu respeito norma constitucional que o instituiu. Ambos têm pontos comuns e diferença específica. São pontos comuns: - a existência do mesmo instrumento de tutela jurídica de direito líquido e certo e a garantia constitucional. Distinguem-se entre si, no entanto, quer pela legitimidade ativa, quer pelo objeto, quer pela natureza do direito ou do interesse jurídico tutelado. Para não expô-los ao risco da legislatura ordinária, que poderia eliminá-los ou restringir-lhes o campo de aplicação, ambos foram elevados à eminência de garantia constitucional.” (BUZAID, Alfredo. *Considerações sobre o mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1992. p.5).

posição ocupada pelo mandado de segurança coletivo no ordenamento jurídico. Para tanto, não constituirá mero adorno a análise do contexto histórico em que o instituto nasceu, época bem distinta daquela em que surgiu o mandado de segurança individual. Ademais, também será relevante perquirir o que a Constituição de 1988, marco normativo que inseriu o instituto no Direito pátrio, buscou garantir por intermédio da via célere do *mandamus* da coletividade.

- *Direitos tutelados*: seriam todas as espécies de direitos coletivos (difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos) tutelados pela via mandamental coletiva? Serviria o instituto tão somente para a tutela coletiva de direitos e não para a tutela de direitos coletivos?

- *Legitimidade*: no tocante à legitimidade, precisaremos jogar luz nas aparentes distinções entre o mandado de segurança individual e coletivo. Isso porque, conforme esmiuçaremos oportunamente, enquanto no mandado individual, o impetrante, regra geral, vai a juízo para buscar a tutela do direito próprio, no *mandamus* coletivo prepondera a legitimidade extraordinária, operando-se o fenômeno da substituição processual, no qual o impetrante, em nome próprio, busca a tutela de direito alheio. Serviria, então, esse critério para diferenciar o *mandamus* coletivo do *mandamus* individual? Em caso afirmativo, caberia empregar no mandado de segurança coletivo a exigência de representatividade adequada, cujo escopo visa a assegurar o quilate da defesa dos direitos da coletividade em juízo?

- *Procedimento*: seria substancial a diferença de procedimento entre o *writ* coletivo e o *writ* individual? Certo é que há uma distinção no que diz respeito à concessão de liminares. Embora as vedações às concessões de tutela de urgência sejam as mesmas (art. 7º, §2º da Lei 12.016/2009), no mandado de segurança coletivo, a liminar poderá ser deferida somente “após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas” (art. 22, §2º da Lei 12.016/2009).

- *Litispêndência e Coisa julgada*: os elementos da demanda (o *tria eadem* – pedido, causa de pedir e pedido) serão suficientes para a identificação do *writ* coletivo, assim como o são para a identificação do *writ* individual? Naquele, pode

ocorrer de demandas idênticas serem propostas por diferentes legitimados sem perderem a mútua identidade, algo impensável para a tutela individual para configuração de litispendência. A coisa julgada, a seu turno, opera exclusivamente *inter partes* no mandado de segurança individual. Lógica idêntica será aplicada ao *writ* da coletividade? Haverá espaço para a coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, nos termos previstos no Código de Defesa do Consumidor? Em caso afirmativo, existiria inconstitucionalidade nas disposições a respeito do tema na Lei 12.016/2009, por limitarem a coisa julgada aos do grupo, categoria ou classe de substituídos?

Essas características peculiares do mandado de segurança coletivo serão analisadas, criticamente, em conjunto a novel legislação sobre o instituto. Suspeitamos que esta última tenha significado lamentável involução, visto que, da maneira como foi disciplinado pela Lei 12.016/2009, o *mandamus* coletivo parece não se prestar a atender às características de um instrumento voltado à tutela de direitos metaindividuais. A lei, aparentemente, limitou o poderio que a CF/88 conferiu à essa garantia de “eficácia potenciada”.¹⁶ Foi na suposta adoção da coisa julgada *pro et contra*, limitada exclusivamente aos membros do grupo, classe ou categoria substituídos pelo impetrante, que a Lei 12.016/2009 parece ter atingido o seu ponto de maior infortúnio. Caso a suspeita se confirme, isso significaria que todo o grupo será beneficiado ou prejudicado pela decisão, ainda que, nesta última hipótese, terceiros sejam atingidos por um pronunciamento jurisdicional havido em processo do qual não participaram. Seria, então, o mandado de segurança coletivo a única ação coletiva brasileira que adota, como regra, a coisa julgada *pro et contra* sem temperamentos?

Outra questão que causa certa estranheza é a referida limitação da coisa julgada tão somente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante, sem ocorrer a extensão *erga omnes* ou *ultra partes* da *res judicata*. Como pode haver uma ação coletiva com contornos individuais sem formação de coisa julgada para além das pessoas que possuam vínculo com o impetrante, desde que titulares do mesmo direito?

¹⁶ Termo da lavra de Kazuo Watanabe. (Cf. WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: RT, 1980.p. 94).

Seguindo adiante, desconfiamos de que mais um ponto de infelicidade da Lei 12.016/2009 foi a não contemplação expressa dos direitos difusos como passíveis de serem pleiteados no *writ*. Poderiam tais direitos ser invocados em sede de mandado de segurança coletivo? Em caso afirmativo, qual dos legitimados do rol previsto em lei poderia fazê-lo?

Para acrescentar mais uma indagação àquelas até então formuladas, insta pontuar que existe outro problema no tocante à convivência entre o mandado de segurança coletivo e o individual. A doutrina tem criticado com fervor a prescrição normativa que impõe a desistência do mandado de segurança individual para que se adira à coisa julgada no *mandamus* coletivo. Se denegada, no mérito, a segurança do mandado de segurança coletivo, está fechada a porta do Poder Judiciário para o indivíduo? A desistência exigida pela Lei 12.016/2014 é compatível com a ordem constitucional vigente?

A fim de apreciar com profundidade essas e outras intrigantes questões é que o tema aqui proposto se justifica. É preciso analisar o mandado de segurança coletivo num adequado enquadramento que, a nosso sentir, é aquele aplicável às demandas coletivas, como passaremos a retratar.

CAPÍTULO 2 - NATUREZA JURÍDICA DO MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL E COLETIVO E DOS DIREITOS NELES TUTELADOS

2.1 Natureza jurídica do mandado de segurança individual

No intuito de distinguir o mandado de segurança coletivo e o mandado de segurança individual, são necessários alguns apontamentos sobre os históricos de ambos os institutos para relacioná-los com suas respectivas naturezas jurídicas. A digressão histórica, aqui, não compõe mero adorno, mas traço fundamental de identificação dos institutos de tutela individual e coletiva. Desse modo, cabe tecer algumas considerações acerca da origem do mandado de segurança – tema, aliás, deveras controverso na doutrina¹⁷ –, no intuito de fixar as premissas sobre as quais a natureza jurídica do instituto repousa e, principalmente, afastar o pensamento de que o *mandamus* coletivo é uma espécie do *mandamus* individual. Começemos, portanto, a analisar este último.

Ao pensar o instituto do mandado de segurança individual, não é difícil enxergá-lo como instrumento de controle do Poder Estatal; uma ferramenta que traduz, em alguma medida, o *checks and balances* que os poderes da tripartição exercem entre si. Como contraponto dessa lógica, pensemos no “*Ancien Régime*”, em que a concentração absoluta dos poderes nas mãos do monarca e a ausência de normas que limitassem a atuação do Estado impunham aos súditos verdadeiro dever de subserviência ao arbítrio. Mecanismos como o mandado de segurança não existiam para coibir abusos estatais, pois, afinal, o rei não errava (“*the king can do no wrong*”) e todo o Poder emanava de sua pessoa, haja vista que este detinha legitimação divina para governar. Foi só quando eclodiu, na França, a Revolução de 1789 que nasceram normas que positivaram o direito a determinadas

¹⁷ É controversa a história acerca das raízes do mandado de segurança. Os interditos romanos, os *writs* anglo-saxônicos, o amparo mexicano e o processo interdital lusitano são comumente apontados como precursores do *mandamus* brasileiro. Não obstante a nossa intenção de abordar a perspectiva histórica, há doutrina que se debruçou com profundidade sobre o tema: CASTRO NUNES. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança individual*. São Paulo: Saraiva, 1989. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do mandado de segurança*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. BARBI, Celso Agrícola; SOUZA, Bernardo Pimentel (atualiz.). *Do mandado de segurança*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. SIDOU, J. M. Othon. *Do mandado de segurança*. 3. ed. São Paulo: RT, 1969. TUCCI, Rogério Lauria. *Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*. São Paulo: Saraiva, 1978. LAZARINI, Jose Luis. *El Juicio de Amparo*. Buenos Aires: La Ley, 1967. TALAMINI, Eduardo. As origens do mandado de segurança na tradição processual luso-brasileira”. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança*: 51 anos. São Paulo: RT, 2002. pp.287-316.

liberdades individuais e que limitaram o poder do Estado. A forma indivisa de este último exercer o Poder durante o absolutismo foi repartida em três funções independentes – executiva, legislativa e judiciária –, erigidas sobre um sistema de freios e contrapesos que viabilizava o controle (e impedia a sobreposição) de um Poder em relação ao outro, tudo com esteio na teoria da tripartição de poderes cunhada por Montesquieu.¹⁸

A alusão histórica à derrocada do absolutismo francês serviu apenas para dar relevo à importância arraigada aos instrumentos que garantem o exercício de direitos fundamentais em face do Estado – caso do mandado de segurança. A menção à experiência francesa, para fins deste estudo, aqui se encerra, até porque os caminhos trilhados para o controle do poder estatal foram bem distintos. Enquanto a França, após a Revolução de 1789, buscou na *jurisdição dupla*¹⁹ a forma de *controle jurisdicional da Administração Pública*, o Brasil, em sua história *republicana*, perseguiu o caminho da *jurisdição una*.²⁰

Com o fim do período monárquico e o advento da República, o devido acatamento das liberdades individuais contra a Administração Pública era uma meta perseguida pelo Estado Brasileiro. Nesse sentido, a Constituição de 1891 previu o instituto do *habeas corpus*²¹ de maneira mais abrangente do que aquela concebida no Código de Processo Criminal, de 29 de novembro de 1832 (art. 340),²² e no Decreto n. 4.824, de 22 de novembro de 1832 (art. 18, § 1º).²³ O texto normativo mais aberto, constante da Constituição de 1891, implicou a utilização do *habeas corpus* para o controle dos atos da

¹⁸ MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Paris: Gallimard, 1951.

¹⁹ Odete Medauar esclarece que o a “jurisdição dupla caracteriza-se pela existência paralela de duas ordens de jurisdição: a jurisdição ordinária ou comum e a jurisdição administrativa, destinada, em princípio, a julgar litígios que envolvem a Administração Pública. A jurisdição administrativa ou contencioso administrativo forma um conjunto hierárquico de juízos ou tribunais administrativos encabeçados por um órgão supremo, de regra denominado Conselho de Estado, independente do tribunal supremo da jurisdição ordinária e cujas decisões representam a última instância”. (MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: RT, 1992. p.161).

²⁰ A influência da França fez com que o Brasil adotasse, no período imperial, o modelo da jurisdição dupla. No entanto, a morosidade do Conselho de Estado em apreciar os conflitos – motivada, principalmente, pela constante ausência do Imperador – fez com que o Brasil, desde a primeira Constituição Republicana (1891) adotasse o sistema de jurisdição una. A propósito, no sistema de jurisdição una “o julgamento dos litígios em que a Administração é parte, compete a juízos e tribunais comuns. Admite-se órgãos ou varas especializadas (que não significa justiça especial) mas inseridas entre os órgão de uma única ordem de jurisdição. (MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: RT, 1992. p.163 e pp.165-166).

²¹ Era assim a redação do art. 72, § 22 da Carta Magna de 1891- “Dar-se-á o habeas corpus, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”.

²² “Art. 340. Todo o cidadão que entender, que elle ou outrem soffre uma prisão ou constrangimento illegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de - Habeas-Corpus - em seu favor.”

²³ Art. 18, § 1º “Tem lugar o pedido de concessão de habeas corpus, ainda quando o impetrante não tenha chegado a sofrer o constrangimento corporal, mas se veja ameaçada”.

Administração Pública, o que foi reforçado com a promulgação da Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, criadora da *ação anulatória de atos da Administração* (ação sumária especial),²⁴ prevista no art. 13,§10.²⁵ Este procedimento (o da ação anulatória de atos da administração pública), embora sumário – não havia dilação probatória –, era moroso para tutelar direitos que exigiam prontidão de observância e incapaz de dar respostas ágeis às violações a direito perpetradas pela Administração Pública, motivo pelo qual os operadores do Direito se utilizavam do *habeas corpus* para se valerem de uma ação consagrada pela eficácia e celeridade:²⁶ nascia a doutrina brasileira do *habeas corpus*.

A utilização dos interditos possessórios (feita em conjunto com a Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894) também era defendida por certa corrente, capitaneada por Rui Barbosa.²⁷ Tal entendimento tinha assento na *posse dos direitos pessoais*, sendo – assim como a impetração do *habeas corpus* – comum o ajuizamento de interditos possessórios com referência ao *esbulho ou turbação do exercício de um direito*²⁸ por parte da Administração Pública. Além das referências a Rudolf Von Ihering²⁹ – a fim de justificar a posse de bens incorpóreos –, Rui Barbosa invocou decisões judiciais dos Estados Unidos da América, mais precisamente aquelas que abordavam os institutos do *mandamus* e das *injunctions*³⁰ para municiar o Judiciário com ferramentas capazes de expedir ordens de cessação do ato que prejudicava o livre exercício da posse do direito.

Em verdade, não existia um instituto que se amoldasse perfeitamente ao reclame do direito material, que ansiava por uma tutela eminentemente constitutivo-mandamental

²⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*. São Paulo: Saraiva, 1978. pp.10-11.

²⁵ “art. 13, §10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de applicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

²⁶ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do mandado de segurança*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. pp. 26-27.

²⁷ BARBOSA, Rui. *Posse de direitos pessoais, o júri e a independência da magistratura*. Obras completas de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura (Fundação Casa de Rui Barbosa), 1976. Vol. XXIII - 1896, Tomo III.

²⁸ “Mas esse ato, que esbulha os suplicantes do exercício legal de seus cargos, contravém à lei duas vezes (...) (BARBOSA, Rui. *Posse de direitos pessoais, o júri e a independência da magistratura*. Obras completas de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura (Fundação Casa de Rui Barbosa), 1976. Vol. XXIII - 1896, Tomo III. p.10).

²⁹ BARBOSA, Rui. *Posse de direitos pessoais, o júri e a independência da magistratura*. Obras completas de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura (Fundação Casa de Rui Barbosa), 1976. Vol. XXIII - 1896, Tomo III. p.71.

³⁰ BARBOSA, Rui. *Posse de direitos pessoais, o júri e a independência da magistratura*. Obras completas de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura (Fundação Casa de Rui Barbosa), 1976. Vol. XXIII - 1896, Tomo III. pp.28-29.

(anulação do ato e emissão de ordem). O *habeas corpus* teve uma extensão deveras ampla, a ponto de descaracterizar a pureza de um instituto voltado tradicionalmente para coibir a privação de liberdade. Tanto isso é verdade que a Reforma Constitucional de 1926 limitou o emprego do *habeas corpus* apenas aos casos em que existisse ameaça ou efetiva restrição da liberdade de locomoção.³¹ Os interditos possessórios, por sua vez, atacavam *a posse dos direitos* quando, na realidade, o objeto do processo era outro, qual seja, a legalidade do ato ou omissão do agente público, fato este que levou à conclusão de que ações possessórias não poderiam ser utilizadas contra a Administração Pública.³²

À míngua de um instituto apropriado para tutelar os direitos fundamentais contra as ingerências da Administração Pública, a figura do *mandado de segurança* aparece como *garantia constitucional* apenas na Constituição de 1934 e, desde então, consta dos textos constitucionais pátrios – a exceção da Carta de 1937, tendo em vista seu caráter ditatorial, avesso aos direitos fundamentais. Essa primeira previsão constitucional do *mandamus* era passível de utilização no caso de direito líquido e *incontestável*. Apesar de este último adjetivo ter constado dessa primeira redação sobre o *writ*, o termo não foi repetido nas constituições posteriores. A partir da Constituição de 1946 (art. 141, parágrafo 24), a expressão *direito líquido e certo* foi adotada em todas as Cartas Magnas que a sucederam.

A fim de regulamentar o mandado de segurança no âmbito da Constituição de 1934, foi promulgada a Lei n. 191, de 16 de janeiro de 1936. Após a Constituição de 1937, que não previu o *writ*, essa lei contemplava as únicas normas acerca do *mandamus*, o que conferiu *status* meramente infraconstitucional ao instituto pela única vez desde sua criação.³³ A retomada da previsão constitucional, em 1946, exigia a edição de novas disposições normativas. Foi apenas em 1951, mais precisamente em 31 de dezembro daquele ano, que uma nova lei específica sobre o *mandamus* foi editada. Tratava-se da longaeva Lei 1.533, que perdurou no ordenamento jurídico pátrio até 7 de agosto de 2009, quando entrou em vigor a Lei 12.016, que disciplina a matéria até a atualidade.

³¹ BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança individual*. São Paulo: Saraiva, 1989. pp. 69-70.

³² Themístocles Cavalcanti ressalva que a ação possessória é perfeitamente utilizável em casos em que a Administração Pública limita ou ameaça, indevidamente, o exercício da posse de outrem. Não se trata de tutelar posse de direitos, mas posse sobre um bem. (CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do mandado de segurança*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. pp. 58-60).

³³ Anota Buzaid que, ainda que o instituto não estivesse previsto na Constituição de 1937, “o Decreto-Lei n. 6, de 16 de novembro de 1937, manteve o instituto, limitando-o em sua extensão e efeitos” (BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança individual*. São Paulo: Saraiva, 1989. p.30).

À luz da Constituição de 1988 – em especial do art. 5º, incs. LXIX e LXX – e da Lei 12.016/2009, o mandado de segurança é *garantia constitucional* voltada à proteção de “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”. Trata-se de um verdadeiro instrumento constitucional – consubstanciado em ação cognitiva de rito especial (sumário), cuja marca essencial é a pré-constituição da prova – a serviço das pessoas físicas e jurídicas (incluindo os próprios órgãos públicos com capacidade processual e alguns entes despersonalizados), como forma de defesa contra práticas ou omissões ilegais do Estado – perpetradas por seus agentes –, que violem ou ameacem direitos fundamentais,³⁴ por meio da concessão *in natura*³⁵ da prestação ao titular desses mesmos direitos fundamentais.³⁶

Além de garantia constitucional, o mandado de segurança é também *processo*, restando a divergência sobre a qual estrutura enquadrá-lo (se processo cognitivo, executivo ou cautelar) e sobre qual a qualidade do provimento jurisdicional que dele decorre (se condenatório, constitutivo, declaratório ou mandamental – a depender do emprego da teoria trinária ou quinária).

No que diz respeito à estrutura, o mandado de segurança não é processo executivo, como entendeu certa doutrina.³⁷ Não há no *mandamus* título executivo que enseje execução de plano. O que se persegue no mandado de segurança é justamente a formação

³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003. pp. 893-894. O autor lusitano se refere expressamente ao mandado de segurança brasileiro (e também à *Verfassungsbeschwerde* alemã e o *recurso de amparo* hispano-americano) como forma de amparo à defesa dos direitos fundamentais e, por essa razão, tal ação constituiria relevante instrumento para a *justiça constitucional*.

³⁵ CASTRO NUNES. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 65.

³⁶ É válida a análise da definição cunhada por Buzaid: “Ele é, pois, antes de mais nada, uma garantia constitucional da ação e do processo. Semelhantes aos interditos e ao habeas corpus na rapidez, presteza e sumariedade das soluções, mas diferente deles na tipicidade do remédio, que se ajusta à proteção de direito líquido e certo ameaçado ou violado por ato de autoridade pública, o mandado de segurança foi erigido à eminência de garantia constitucional e representa uma ação que confere ao titular de direito líquido e certo a possibilidade de obter a prestação *in natura*; mais vigoroso que todos os outros remédios judiciais, o mandado de segurança é a ação pela qual se pode conseguir a suspensão da liminar do ato impugnado (Lei n.1533, art. 7º, II), mais precisamente a execução específica, repondo as coisas no estado anterior à ofensa.” (BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança individual*. São Paulo: Saraiva, 1989. p.70).

³⁷ “O caráter executório do mandado de segurança está implícito na própria denominação. De outro modo a defesa do direito não estaria assegurada. (...) Por isso mesmo, manda a lei que se expeça como título executório em favor de quem o impetrou e obteve determinando o juiz as providências contidas na sentença (...) Não é julgamento meramente declaratório”. (CASTRO NUNES. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 69).

de um título executivo judicial, como em qualquer processo de conhecimento. A cognição rarefeita,³⁸ típica dos processos executivos, também não é praticada em mandado de segurança – procedimento no qual há cognição *plena e exauriente secundum eventum probationis*³⁹ –, circunstância esta que afasta ainda mais o *mandamus* das ações executivas.

Apesar de, em regra, não permitir dilação probatória, o *mandamus* apresenta uma fase cognitiva peculiar, que conhece exclusivamente prova documental constituída quando da propositura da demanda (prova pré-constituída). Logo, quanto à estrutura, entendemos que o mandado de segurança é eminentemente processo cognitivo,⁴⁰ não obstante, vez ou outra, fazer as vezes de processo cautelar, a exemplo do que ocorre quando da impetração de mandado de segurança para atribuição de efeito suspensivo a recurso que originalmente não o comporta, o que, nesse caso particular, não distinguiria o *writ* de uma “medida cautelar inominada”.⁴¹ Assim, o mandado de segurança é processo cognitivo que, em não raras oportunidades, apresenta característica de processo tipicamente cautelar, servo da preservação de direito discutido noutro processo.

Fixada a premissa de que o mandado de segurança é processo cognitivo, resta enfrentar a verdadeira celeuma existente quanto à definição da qualidade do pronunciamento jurisdicional. No plano de fundo, existe, em verdade, um embate entre duas teorias de classificação das ações: a *trinária* e a *quinária*. Além das críticas mútuas entre os defensores dessas duas classificações, entre cada um dos adeptos existem divergências fulcrais sobre a compreensão da *tutela mandamental*, o que torna árido o estudo do tema.

³⁸ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005. p.131.

³⁹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005. pp.135-137.

⁴⁰ “Assume natureza jurídica de ação – ação de conhecimento, predominantemente constitutiva, determinante da formação do processo de cognição, materializado em procedimento sumaríssimo.” (TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e Processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p.135). No mesmo sentido: BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança individual*. São Paulo: Saraiva, 1989. BARBI, Celso Agrícola; SOUZA, Bernardo Pimentel (atualiz.). *Do mandado de segurança*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁴¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de; CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. *Mandado de Segurança: Introdução e comentários à Lei n. 12.016, de 7.8.2009 (artigo por artigo), com indicação do PLS n. 222/2010*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 47. BARBI, Celso Agrícola; SOUZA, Bernardo Pimentel (atualiz.). *Do mandado de segurança*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. pp.45-46.

Existe doutrina adepta à classificação trinária das ações – a saber: aquela que as classifica como constitutivas, declaratórias e condenatórias – que nega peremptoriamente a existência de uma quarta ou quinta classificação – que englobaria as ações mandamentais e executivas *lato sensu* –, tendo em vista que estas últimas seriam espécies de provimentos condenatórios e não classificações autônomas.⁴² Pela perspectiva dessa corrente, a classificação quinária peca por empregar como critério os *efeitos* e a *forma de cumprimento da sentença*,⁴³ não a sua *estrutura, função e eficácia*. A sentença mandamental – a que ora interessa, em detrimento da executiva *lato sensu*, por ser o pronunciamento havido em mandado de segurança o seu exemplo clássico – seria, novamente sob a ótica da teoria trinária, composta por um momento *declaratório* e outro *sancionador*, assim como quaisquer outras sentenças condenatórias.⁴⁴ Após esses dois momentos (declaração e aplicação da sanção) estaria aberta a porta para a execução forçada, sendo este um ponto em que haveria distinção entre a sentença meramente condenatória e a condenatória mandamental, visto que esta (condenatória mandamental) *ultrapassa o mero comando* e ganha *força coercitiva*, conferida pelo ordenamento, para prontamente produzir efeitos, sem necessidade de dedução da pretensão executiva, da qual não prescinde aquela (meramente condenatória).⁴⁵ Diante disso, a sentença oriunda do mandado de segurança seria condenatória mandamental, ou seja, gênero e espécie.

Outra corrente adepta à teoria trinária, de forma distinta da primeira, compreende que a classificação quinária também reflete a *eficácia que produzem* as sentenças e não, *apenas*, uma forma de *efetivação do direito* (forma de execução).⁴⁶ Permanece a

⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Vol. III. pp.248-250. Sobre os dois momentos da sentença condenatória (declaração e aplicação da sanção): LIEBMAN, Enrico Tullio. *Corso di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1952. p.56.

⁴³ Apesar de no parágrafo estar-se comentando a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco, merece destaque a percepção de Barbosa Moreira ao afirmar que a classificação quinária é ancorada no “modo pelo qual se torna efetiva a norma sentencial”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sentença executiva? In YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p.636. No mesmo sentido: YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006. p. 177).

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Vol. III. pp.248-250.

⁴⁵ É interessante o posicionamento de Cintra, Grinover e Dinamarco, pois, apesar de considerarem a sentença mandamental como espécie da sentença condenatória, ponderam os autores que após o advento da lei n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005, teria havido a abolição do conceito de sentença condenatória pura. Isso porque qualquer sentença que declarar uma obrigação a ser cumprida pelo réu deve ser executada *sine intervallo*, ou seja, prescindirá de um processo executivo distinto e autônomo. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. pp.322-324).

⁴⁶ ARRUDA ALVIM. *Manual de Processo Civil*. 15. ed. São Paulo: RT, 2012. pp.1110-1116.

classificação concentrada nas sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias, não sendo incorreto, por exemplo, cogitar a existência de sentenças *constitutivas mandamentais* ou *condenatórias mandamentais*, posto que as classificações se encontrariam sem qualquer espécie de conflito – estariam presentes dois critérios de classificação: a eficácia (constitutiva, declaratória e condenatória) e a forma de execução (mandamental ou executiva *lato sensu*).⁴⁷ A propósito, tal corrente compreende que o mandado de segurança impetrado por servidor para alteração de seu regime jurídico em face da Administração Pública gera, se concessiva a sentença, um comando constitutivo e mandamental.⁴⁸

No tocante aos adeptos da teoria quinária e, portanto, defensores da classificação da sentença mandamental, o conceito desta última também não ecoa em uníssono. A primeira voz que suscitou a existência da sentença mandamental foi a de Kuttner.⁴⁹ Para o autor alemão, a ordem era característica marcante das sentenças condenatórias e mandamentais, distinguindo-se esta última daquela por ser dirigida a um *órgão estatal estranho ao processo*, não ao réu, a fim de que o comando fosse observado – peculiaridade que gerou críticas de certa doutrina que não aceitava a classificação da sentença em virtude do órgão ao qual seu cumprimento se destinava.⁵⁰ Por sua vez, Pontes De Miranda, primeiro autor brasileiro a invocar a existência da classificação quinária, ampliou o conceito de sentença mandamental afirmado por Kuttner, entendendo que não apenas o órgão estatal estranho ao processo era destinatário da ordem, mas também pessoas físicas ou jurídicas.⁵¹⁻⁵² A sentença condenatória seria apenas preparatória da execução, ou seja, não haveria

⁴⁷ Botelho de Mesquita também compreende que a classificação da sentença mandamental é pautada na forma de execução, de sorte que tal pronunciamento poderá ser condenatório, constitutivo ou declaratório. (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. Sentença mandamental. *Revista do Advogado*, Ano XXIV, n.º 78. p. 41, setembro de 2004.).

⁴⁸ O autor deixa claro que as teorias trinária e quinária utilizam critérios diferentes, sendo a *eficácia* o *discrímen* encontrado. (ARRUDA ALVIM. *Manual de Processo Civil*. 15. ed. São Paulo: RT, 2012. p.1115).

⁴⁹ KUTTNER, Georg. *Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses*, 21, s., 3, s. *apud* PONTES DE MIRANDA. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1976. Tomo VI. p. 9.

⁵⁰ Sobre a sentença mandamental: “não é categoria processual congruente com as anteriores, pois não se funda em natureza peculiar do pedido ou prestação jurisdicional invocada, e sim, no destinatário especial da sentença, que é órgão do Estado diferente do judicial”. (MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1958. Vol II. p.58).

⁵¹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1976. p.9. Tomo VI.

⁵² Eis a crítica de Barbosa Moreira à forma como a teoria quinária fora interpretada pela doutrina pátria: “Na construção de KUTTNER, o traço essencial da classe residiria na existência de *ordem dirigida a órgão público ao processo* (...) O jurista brasileiro desprezou ambas as notas: o caráter público do destinatário da ordem e a sua estraneidade ao feito. Caracterizou a sentença mandamental como aquela na qual prepondera a carga de eficácia consistente em que alguém deva atender, imediatamente, ao que o juiz manda”. (BARBOSA MOREIRA. *Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças*. *Temas de direito processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004. p.130).

possibilidade de execução imediata, ao contrário da prestação jurisdicional objetivada no *mandamus*, supostamente executável *de plano*⁵³ por seus próprios termos. Em outras palavras, o mandamento albergaria o próprio “conteúdo dessa prestação”,⁵⁴ situação esta não prevista pela teoria trinária e no que consiste sua crítica.⁵⁵

Da fonte deixada por Pontes de Miranda bebeu Ovídio Baptista. Ávido defensor da teoria quinária, o autor nega que as sentenças mandamentais seriam espécies de ações condenatórias. Isso porque, ao partir da concepção de sentença condenatória adotada principalmente por Chiovenda e Liebman, o comando condenatório não teria aptidão de produzir efeitos de imediato, uma vez que a sentença seria sempre uma mera fase (prévia) de reconhecimento do direito, sucedida da aplicação de uma sanção, momento em que o autor teria que deduzir nova pretensão (agora executiva) para lograr o bem da vida. De modo diverso, na teoria quinária a modificação do plano fático integraria o pedido da demanda mandamental, ao mesmo tempo em que, na teoria trinária, o pedido da demanda condenatória se fixaria na sujeição do demandado aos posteriores e, isoladamente postulados, atos executórios.⁵⁶ A condenação pura teria pouca ou nenhuma serventia pela perspectiva trinária, visto que a atividade executória estaria reservada a outra demanda.⁵⁷ Assim, a sentença mandamental se inseriria como nova classe de sentença por constituir ordem do juiz, executável como ato tipicamente estatal (ato de império), que, por iniciativa do próprio julgador, sujeita o irresignado, desobediente da ordem, a meios coercitivos, inclusive de natureza penal, para a observância do comando.⁵⁸ O mandado de segurança, uma vez mais, seria o exemplo principal de ação tipicamente mandamental.

⁵³ “Ação mandamental é aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo manda”. (PONTES DE MIRANDA. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1976. p. 9. Tomo VI. p.3).

⁵⁴ PONTES DE MIRANDA. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1976. p. 9. Tomo VI. p.54.

⁵⁵ “Aqueles juristas que afastam a classe das ações mandamentais erram palmarmente; mais ainda, os que vêm, no julgamento do mérito, quaisquer que sejam as ações, mandamento. Seria como confundirem-se com os atos processuais de mandado (*e.g.*, mandado de citação) as sentenças que *mandam*. Aqui, a ação, de direito material, é mandamental, e a sentença na ‘ação’, na lide, atende às características da ação que foi proposta. Há o direito, a pretensão e a ação, para, no plano processual, se obter o mandado. O mandado pode ser dirigido a outro órgão do estado, ou a algum sub-órgão da justiça, ou a alguma pessoa física ou jurídica” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1976. p.9. Tomo VI. p.9).

⁵⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista. *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1988. pp. 82-83.

⁵⁷ “Entenda-se a condenação como ordem dirigida ao demandado, ou essa mesma ordem dirigida ao órgão executor, ou conceba-se como demanda que prepara futura execução, ou ainda, como demanda destinada à aplicação de sanções, para qualquer dessas teorias, a sentença condenatória não contém eficácia executória direta, interna à demanda, de sorte a ensejar a realização do direito reconhecido pela sentença, dispensando a propositura de uma nova ação executória, de que a sentença condenatória seria instrumental”. (SILVA, Ovídio A. Baptista. *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.53).

⁵⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista. *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.82.

A nosso ver, a classificação trinária e quinária adotam critérios distintos, não havendo qualquer vedação para o emprego em conjunto dessas classificações. Enquanto a teoria trinária está consubstanciada na eficácia do pronunciamento jurisdicional, a teoria quinária reverencia a forma de execução do julgado. Portanto, por se destinarem a propósitos diferentes, uma teoria não supera a outra e suas aplicações podem ser complementares. Por outro lado, nosso entendimento é o de que a acirrada discussão tem pouca relevância prática diante da constatação de que, no meio forense, as sentenças havidas em mandado de segurança possuem caráter declaratório, constitutivo e condenatório (ou mandamental, se a teoria quinária for a adotada pelo operador do Direito), a depender do pedido formulado pelo impetrante.⁵⁹ Exemplo dessa ampla possibilidade reside no Enunciado 213 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça cujo texto é o seguinte: “o mandado de segurança constitui ação adequada para a *declaração* de direito à compensação tributária”. Nota-se que o *mandamus* pode culminar em provimento tipicamente declaratório, desde que nesse sentido tenha pedido o impetrante.

Ao verificar que o *writ* pode solucionar crise de incerteza, qualquer corrente que se ancore no caráter *exclusivamente* constitutivo,⁶⁰ *exclusivamente* condenatório⁶¹ ou *exclusivamente* mandamental⁶² da sentença do *mandamus* cairá por terra. Ora, se até a declaração pode ser objeto da sentença, o provimento jurisdicional passível de proferimento em mandado de segurança certamente não ficará restrito a uma espécie.

Se, pela breve análise histórica alhures erigida, o mandado de segurança parecia almejar a obtenção de tutela constitutivo-mandamental, *era* inicialmente aí que se encontrava a sua natureza. Contudo, tão logo ingressara no ordenamento jurídico, o

⁵⁹ “A sentença no mandado de segurança tanto pode ser declaratória, como constitutiva, ou condenatória, dependendo do impetrante.” (DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do Mandado de Segurança*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.133). No mesmo sentido: WALD, Arnoldo. Natureza processual do mandado de segurança. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, vol. 16, p.39, 1967. BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança individual*. São Paulo: Saraiva, 1989. pp.75-76.

⁶⁰ Para essa doutrina a sentença seria estritamente o meio para a anulação do ato coator. “A nosso ver, a sentença proferida em mandado de segurança é constitutiva. Define uma situação, estabelece um estado. Não há condenação nessa espécie de sentença. Limita-se a anular o ato ameaçador ou violador de direito líquido e certo”. (SOUZA, Sebastião. *Dos Processos Especiais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p.52).

⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Vol. III. pp.248-250.

⁶² MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de segurança em matéria tributária*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2009. pp.188-190. PONTES DE MIRANDA. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1976. p.9. Tomo VI. p.9. SILVA, Ovídio A. Baptista. *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.53.

instituto sofrera *desnaturalização*, servindo à resolução de todas as espécies de crises de direito propostas em face do Poder Público e, portanto, originando os mais diversos comandos jurisdicionais. Por vezes, a ordem de cumprimento ou de abstenção destinada à autoridade coatora é tão irrelevante em relação à tutela principal pleiteada, que o *mandado* originado da ação de *mandado* de segurança passa a coadjuvante em processo cunhado para que desempenhasse papel principal – vide o exemplo em que determinado tributo é declarado indevido e se expede ordem para que a autoridade coatora deixe de cobrá-lo. Dessa maneira, a sentença proferida em mandado de segurança serve ao deslinde de todas as crises de direito e, portanto, terá natureza compatível com o pedido deduzido pelo impetrante.

2.2 Natureza jurídica do mandado de segurança coletivo

O mandado de segurança coletivo não difere do mandado de segurança individual no que diz respeito à natureza do provimento jurisdicional, tendo em vista que também servirá o *mandamus* coletivo para a solução de todas as crises de direito, variando de natureza o pronunciamento jurisdicional a depender do pleito deduzido pelo impetrante. Por outro lado, esse dado é insuficiente para que se afirme, a nosso ver de forma incorreta, que o mandado de segurança coletivo é “o mesmo mandado de segurança, adornado com um adjetivo”.⁶³ Os institutos foram cunhados com diferentes propósitos, em momentos históricos diversos e regem-se por princípios distintos. O mandado de segurança coletivo se insere no ordenamento como um *processo coletivo*, (ou seja, no âmbito do conjunto de normas e princípios do processo coletivo) voltado à *tutela jurisdicional* de direitos que transcendem a esfera individual.

⁶³ Entendemos que o mandado de segurança coletivo é um verdadeiro instrumento de tutela coletiva, voltado a tutelar direitos da coletividade. Por essa razão, o posicionamento de Othon Sidou é exatamente o oposto daquele que externamos, por refletir acerca de um instituto voltado a solucionar conflitos coletivos sob a ótica do processo individual, como se o mandado de segurança coletivo fosse um grande litisconsórcio. Segue uma amostra do pensamento do referido autor: “a Carta recentemente promulgada, em sua tendência de garantir direitos por meios diversificados, não criou um instituto novo, nem mesmo ampliou do todo o universo dos titulares do direito à garantia. Limitou-se, isto sim, a agrupar determinados indivíduos e dar ao grupo a capacidade processual. No mais, o mandado de segurança coletivo é o mesmo mandado de segurança, adornado com um adjetivo”. (SIDOU, J.M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data e ação popular* – as garantias ativas dos direitos coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2002 p.256).

A *tutela jurisdicional* é o resultado obtido da atividade exercida pelos órgãos imbuídos de jurisdição com vistas à proteção do patrimônio jurídico.⁶⁴ O fenômeno (*tutela jurisdicional*) está intimamente ligado a outro, a *tutela dos direitos* – originariamente situado no plano material do ordenamento jurídico e pode ocorrer tanto dentro do processo como fora dele –,⁶⁵ embora não haja equivalência entre ambos os institutos.⁶⁶ A expressão “tutela jurisdicional dos direitos” revela a necessidade de conformar o instrumento processual ao amparo jurídico que o direito material clama. O que se pretende assentar, em resumo, é que a tutela jurisdicional deve estar voltada para a adequada proteção do direito material.

Nesse sentido, desde já, afirmamos que o mandado segurança coletivo é uma ferramenta voltada à tutela jurisdicional de direitos coletivos (em sentido amplo).

Ao se partir desse raciocínio, no tocante à tutela jurisdicional dos *direitos coletivos*, deve ser considerado que a sociedade de massa tem a capacidade de produzir lesões a direitos na mesma escala. Para muitas pessoas atingidas por tais violações haverá grande dificuldade ou até impossibilidade de ir a juízo para pleitear os seus direitos, seja por razões econômicas (falta de recursos financeiros ou de incentivos para litigar), sociais (desinformação), políticas (temor de represálias) ou jurídicas (desconhecimento técnico). Ao partir desse prisma de análise, os mecanismos de tutela coletiva devem assegurar a garantia fundamental do *acesso à justiça* (art. 5º, XXXV da CF/88) àqueles que dificilmente recorreriam ao Poder Judiciário para reclamar os seus direitos.⁶⁷

⁶⁴ “Pode-se, portanto, definir tutela jurisdicional como o resultado da atividade desenvolvida pelos órgãos do Estado que exercem a jurisdição ou a tanto autorizados, visando à proteção do patrimônio jurídico. E este tanto pode ser o direito material como o direito processual (e.g., ações rescisórias de sentença, por causas puramente processuais), e ainda a declaração da própria inexistência do direito, tanto a ponto de vista individual quanto coletivo, repressivo ou preventivo”. (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.108).

⁶⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006. pp.25-26.

⁶⁶ “Não se pode confundir, todavia, a tutela de direitos no plano substancial com a forma de atuação prática dos remédios judiciais. O ordenamento jurídico material prevê a tutela de direitos, que serão atuados consensualmente ou pelos meios jurisdicionais. Tutela jurídica verifica-se com a satisfação efetiva dos fins do direito, com a realização da paz social mediante a atuação das normas jurídicas”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.47).

⁶⁷ “However, it should be considered – although this point is always forgotten – that for many people suffering mass violations of their rights the difficulty or even the impossibility of protecting individually such rights is not due only to economic disadvantages but mainly to social, cultural and even political factors deterring or preventing the individual pursuit of justice. From this point of view an efficient machinery for the protection of rights in a collective way could also be considered as an implementation of the fundamental guarantee of an effective access to justice that is sometimes stated in modern Constitutions.” (TARUFFO, Michele. Notes on the collective protection of the rights. In ORTEIZA, Eduardo (coord.). *Procesos*

Aliás, é justamente esse o espírito constante da segunda onda mundial de acesso à justiça, denominada “representação de interesses difusos”.⁶⁸ Esse movimento vislumbrou a necessidade de criação de ferramentas novas, desgarradas do ranço do processo individual, para melhor atender o direito material coletivo. Até então, o processo civil era eminentemente destinado a solucionar as contendas individuais. De outro lado, os direitos individuais homogêneos, direitos difusos e coletivos em sentido estrito careciam de resposta afirmativa do Estado. Nesse ponto, a CF/88 se sintoniza com a segunda onda de acesso à justiça ao contemplar em seu bojo a proteção dos direitos coletivos em sentido amplo (art. 5º, inc. XXXV, LXX, LXXIII, art. 6º, art. 129, inc. III da CF/88, dentre outros).

A indivisibilidade do direito, tal como ocorre com os direitos difusos e coletivos em sentido estrito,⁶⁹ também é um ponto de extrema preocupação da tutela coletiva. As crises de direito envolvendo o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural, assim como a moralidade administrativa, dentre outros, outrora sequer chegavam ao Poder Judiciário pela via individual. Com o advento dos mecanismos de tutela coletiva, revelou-se a necessidade de salvaguardar direitos que são de titularidade exclusiva da coletividade.⁷⁰

Nota-se, portanto, uma grande preocupação da tutela coletiva em buscar o efetivo *acesso à justiça e a universalização da jurisdição*.⁷¹

Colectivos – Class Actions. I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Buenos Aires, Argentina: 2012. p. 23).

⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 49.

⁶⁹ A definição legal de direito difuso e coletivo é albergada no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, que assim versa: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

⁷⁰ Não se confunde a titularidade dos direitos com a legitimidade para pleiteá-los.

⁷¹ Sobre a universalidade da jurisdição, anota Ada Pellegrini Grinover: “mas o princípio assume dimensão distinta no processo coletivo, pois é por intermédio deste que as massas têm oportunidade de submeter aos tribunais novas causas, que pelo processo individual não tinham sequer como chegar à justiça. O tratamento coletivo de interesses e direitos comunitários é que efetivamente abre as portas à universalidade da jurisdição”. (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de*

Também é patente a busca que a adequada tutela coletiva tem pela observância do princípio da *economia processual*, o que fica especialmente claro no que diz respeito aos direitos individuais homogêneos. Tais direitos são, na definição de Barbosa Moreira,⁷² *acidentalmente coletivos*, uma vez que têm essência individual e recebem o tratamento coletivo por política judiciária, sendo esta última voltada para a harmonização das decisões e para o tratamento “molecularizado” de litígios, “evitando o emprego de inúmeros processos voltados à solução de controvérsias fragmentárias, dispersas, ‘atomizadas’”.⁷³ Daí distinguir-se, eloquentemente, a tutela de direitos coletivos da tutela coletiva de direitos.⁷⁴

Em meio a esses fatores, é preciso pensar a tutela coletiva de forma distinta da tutela individual. Sobre as peculiaridades da tutela coletiva, construiu-se um ramo autônomo do Direito Processual – o Direito Processual Coletivo –, dotado de princípios e regras próprias que caracterizam uma nova ciência.⁷⁵ Portanto, não seria recomendável pensar os institutos da tutela coletiva nos moldes secularmente fixados pela tutela individual. Ainda que os institutos possuam os mesmos nomes (ex. coisa julgada), é necessário “chamar a atenção do processualista para a necessidade de revisão dos seus conceitos, em função das peculiaridades do direito substancial, que aqui constitui seu

Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo (arts.81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II. p.27).

⁷² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1984. pp.195-197.

⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo* (arts.81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II. p.29.

⁷⁴ “Uma das principais causas, senão a principal, dos equívocos nesse novo domínio processual foi a de confundir direito coletivo com defesa coletiva de direitos que, trouxe a consequência, a toda evidência distorcida, de se imaginar possível conferir aos direitos subjetivos individuais, quando tutelados coletivamente, o mesmo tratamento que se dá aos direitos de natureza transindividual [...] Com efeito, a partir do advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que introduziu mecanismo especial para a defesa coletiva dos chamados direitos individuais homogêneos, passou-se, não raro, a considerar tal categoria de direitos, para todos os efeitos, como espécie dos direitos coletivos e difusos, lançando-os todos eles em vala comum, como se lhes fossem comuns e idênticos os instrumentos processuais e as fontes normativas de legitimação para a sua defesa em juízo”. (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011. pp.33-34).

⁷⁵ “Tudo autoriza o Brasil a dar um novo passo rumo à elaboração de uma Teoria Geral dos Processos Coletivos, assentada no entendimento de que nasceu um novo ramo da ciência processual, autônomo na medida em que observa seus próprios princípios e seus próprios institutos fundamentais, distintos dos princípios e institutos do direito processual individual” (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo* (arts.81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II. pp.25-26).

objeto”,⁷⁶ sob pena de inviabilizar o emprego das técnicas de tutela coletiva pelo excessivo apego aos conceitos do processo individual.

Em meio ao clamor pela adequada tutela de direitos coletivos, foi a Constituição de 1988 a responsável por prever, pela primeira vez na história jurídica brasileira, o mandado de segurança coletivo. Enquanto o mandado de segurança individual nasceu, por obra da Constituição de 1934, para servir à tutela de direitos fundamentais *individuais*, o mandado de segurança coletivo era pensado para dar efetividade a direitos coletivos em sentido amplo e sociais, tendo em vista que o constituinte temia que tais direitos se tornassem letra morta na Carta Magna, temor que ficou bem assente nos debates que antecederam a promulgação do texto de 1988.

Ilustra a afirmação anterior o resgate dos Anais da Assembleia Geral Constituinte, na passagem em que o Deputado Constituinte Gastone Righi, em 22 de abril de 1987, na ata da 3ª reunião ordinária da Subcomissão dos Direitos Políticos, Coletivos e Garantia – subcomissão que pertencia à Comissão da Soberania e dos Direitos do Homem e da Mulher, destacou o fato de não existir um *mandamus* que permitisse o exercício de direitos sociais, que fosse ensejador de uma decisão judicial de imediato cumprimento. Pedia o deputado que os colegas não se olvidassem de fazer constar no texto constitucional um “instrumento judicial que possa compelir a autoridade pública a garantir o direito social a todos os cidadãos”.⁷⁷ A preocupação em dar efetividade a direitos metaindividuais era

⁷⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. pp.127.

⁷⁷ Sobre o pronunciamento do Deputado Constituinte Gastone Righi, segue a transcrição da ata da 3ª reunião ordinária da Subcomissão dos Direitos Políticos, Coletivos e Garantia (subcomissão que pertencia à Comissão da Soberania e dos Direitos do Homem e da Mulher), ocorrida em 22 de abril de 1987: “Tenho passado pelas Comissões, na condição de Líder. Permitam-me o atrevimento de lembrar a esta Subcomissão um ponto fundamental em relação aos direitos e às garantias sociais. O que temos visto esculpido na Constituição são direitos coletivos ou sociais que jamais poderão ser cumpridos. E não tem instrumentos para se compelir o poder público ao benefício que a Constituição possa resguardar em reação à coletividade. Temos o mandado de segurança, que protege o direito líquido e certo individual. Entretanto, não temos um *mandamus*, uma forma de processo pela qual alguém possa exercer um direito social, digamos o direito social à saúde ou o direito da criança à escola. O diretor da escola diz que não há mais vagas, então, fica a criança sem matrícula. Qual a forma que tem o indivíduo de fazer valer a garantia constitucional de o Estado dar escola a seu filho? Isso sempre faltou nas Constituições. É um ponto importante, muito discutido pelos constitucionalistas. E esta é a Subcomissão que deve apreciá-lo. V. Ex. as devem resolver esse problema, criando um tipo de mandado de garantia de direito social para que o juiz possa determinar sua execução. Se não há vaga, tem de haver. O administrador tem de criar a vaga, ou a sala na escola. Tem de dar solução ao problema, porque a garantia social está na Constituição. Peço desculpas aos Srs. Constituintes por essa intromissão, mas queria deixar aqui a lembrança a V. Ex.as para que não se esqueçam do instrumento judicial que possa compelir a autoridade pública a garantir o direito social a todos os cidadãos. Muito obrigado”. (ANAIS da Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-de->

constante e, em meio a esse objetivo, foi sugerida a criação do mandado de segurança coletivo.⁷⁸

Muito embora a Constituição de 1988 previsse o *mandamus* coletivo, não foi cunhada nenhuma lei que o disciplinasse de forma específica. O regramento geral sobre mandado de segurança continuou a ser observado na Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, visto que esta foi recepcionada pela nova ordem jurídica. Como a lei apenas contemplava o mandado de segurança individual, o mandado de segurança coletivo era impetrado com mera invocação do texto constitucional e das criações jurisprudenciais e doutrinárias. Porém, a ausência de um regramento próprio abria espaço para que a tese de que o *writ* coletivo era apenas uma ação individual com efeitos ampliados. Contudo, a exposição das discussões havidas na *Subcomissão dos Direitos Políticos, Coletivos e Garantia* – a cujo nome deve ser dado destaque por expor a preocupação do Poder Constituinte Originário com os direitos coletivos e suas respectivas garantias – deixa claro que o Constituinte não pretendeu com o mandado de segurança coletivo *apenas* a aglutinação de indivíduos, defendidos processualmente por um substituto processual, a fim de, com a propositura de somente um *mandamus*, evitar decisões conflitantes e dispêndio do tempo do Judiciário em nome da economia processual.⁷⁹

Essa era apenas uma das facetas do *writ* coletivo. Todavia, se fosse a única, os direitos transindividuais indivisíveis – a saber, os direitos coletivos e difusos – não

legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembly-nacional-constituente>. Acesso em 1 de fevereiro de 2013).

⁷⁸ Sobre a preocupação do constituinte acerca da efetivação dos direitos, assim se manifestou o Deputado Constituinte Lysâneas Maciel, na 12ª reunião ordinária da Subcomissão dos Direitos Políticos, Coletivos e Garantia (subcomissão que pertencia à Comissão da Soberania e dos Direitos do Homem e da Mulher), ocorrida em 13 de maio de 1987: “O SR. RELATOR (Lysâneas Maciel): - Em matéria de direitos coletivos, tratamos de estabelecer garantias de participação popular. Aí vem o problema para efeito de não fazer belas declarações doutrinárias sem maneira de implementá-las. A toda sugestão, a toda declaração doutrinária ou a todo belo princípio, estabelecemos uma garantia de eficácia. Não apenas adotamos a questão da ação popular já existente, mas a ampliamos, quer na iniciativa a entidade, associações etc., mas também no alcance, podendo ir até à moralidade administrativa e violações da Constituição. Quer dizer, ampliou-se a ação popular. Não tiveram aquele efeito restrito, nem as penalizações, a não ser nas ações temerárias e emulação de direito, as limitações que tinha antigamente a ação popular. Sugerimos a criação do mandado de segurança coletivo, com alcance sobre pessoas físicas e jurídicas de direito público ou privado”. (ANAIS da Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembly-nacional-constituente>. Acesso em 1 de fevereiro de 2013).

⁷⁹ A posição da qual se discorda é defendida por: CALMON DE PASSOS. *Mandado de Segurança Coletivo, mandado de injunção, “habeas data”*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. pp. 8-9. SIDOU, J.M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data e ação popular* – as garantias ativas dos direitos coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.256. BULOS, Uadi Lamêgo. *Mandado de segurança coletivo*. São Paulo: RT, 1996. pp. 34-36.

poderiam ser objeto dessa demanda, pois sua fruição se dá pela coletividade, universalmente considerada, e não pela aglutinação de indivíduos. Dito de outro modo, o mandado de segurança coletivo não foi instituto do processo individual adaptado ao processo coletivo, pois nasceu como *demanda coletiva*, voltada à tutela de direitos coletivos em sentido lato. Em síntese, o mandado de segurança coletivo era, e é, instrumento a serviço da tutela jurisdicional adequada desses direitos. A Lei 12.016/2009, a primeira a disciplinar o mandado de segurança coletivo em dimensão infraconstitucional, apenas reforça o argumento de que se trata de uma demanda genuinamente coletiva, uma vez que o legislador, apesar de todas as críticas a ele imputáveis pelas limitações que tentou conferir ao instituto, se preocupou em tutelar expressamente direitos coletivos – tanto os essencialmente quanto os acidentalmente coletivos – a saber, os direitos coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos, respectivamente previstos nos incisos I e II do art.22, parágrafo único.⁸⁰

Desse modo, entendemos que o mandado de segurança coletivo não é espécie de mandado de segurança individual, pois aquele tem raízes no processo coletivo, o que o distingue da natureza deste. Nesse sentido, a legislação e os entendimentos jurisprudenciais que decidam mandados de segurança individuais podem ser aplicados ao mandado de segurança coletivo apenas se houver compatibilidade.⁸¹

Isso fica claro quando se analisa a reafirmação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade da desistência do mandado de segurança após a decisão de mérito (STF, Rext 669367, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. para o acórdão Min. Rosa Weber, DJe 10.5.2013). Ora, o legitimado que impetra o *mandamus* coletivo defende direito de terceiros, direitos estes que gozam prestígio na ordem jurídica. A desistência da demanda coletiva mandamental, ainda mais quando já proferida a decisão de mérito, além de configurar o atestado da inutilidade da atividade julgadora do Estado, representaria o soberano controle do direito alheio pelo impetrante. No que concerne à hipótese de desistência do autor, as demais ações coletivas possuem dispositivos que promovem o prosseguimento do curso natural da demanda (art. 5º, § 3º da lei 7.347 de 24 de julho de 1985 e art. 9º da lei 4.717, de 29 de junho de 1965), mediante substituição do polo ativo

⁸⁰ Isso não quer dizer que o legislador excluiu os direitos difusos do âmbito de incidência do mandado de segurança, como se verá adiante.

⁸¹ No mesmo sentido: ZANETI JR, Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2013. pp.67-68.

pelo Ministério Público ou por outro legitimado. O *mandamus* coletivo, a seu turno, iria na contramão dessa lógica e atribuiria pleno controle do direito de terceiros ao impetrante, o que não se alinha com o sistema. Logo, fica nítido que o mandado de segurança coletivo é espécie autônoma de mandado de segurança e não pode ser confundida com o mandado de segurança individual.

2.3 Direitos tuteláveis em mandado de segurança individual

O mandado de segurança individual é uma garantia constitucional conquistada pelo cidadão para a proteção dos direitos que lhe são mais caros: os direitos fundamentais individuais, desde que não tuteláveis por *habeas corpus* ou *habeas data*, conforme preceitua o art. 5º LXIX⁸². Seu “objetivo primordial é assegurar aos indivíduos a proteção ao direito, o resguardo ao direito, o amparo ao direito e não apenas como um instrumento simplesmente para reparação do direito ou para a detença de uma violação já iniciada”.⁸³

Esse direito individual, violado ou ameaçado pelo agente estatal ou por quem lhe faça as vezes, deverá ser líquido e certo, o que será melhor analisado oportunamente (infra, n. 3.1).

2.4 Direitos tuteláveis em mandado de segurança coletivo: um amplo instrumento a serviço da tutela de direitos coletivos em sentido lato – inaplicabilidade das vedações impostas pelo art. 1º, parágrafo único da Lei 7.347/1985

Praticado o abuso de poder (comissivo ou omissivo) por autoridade coatora, o mandado de segurança coletivo se torna uma poderosa ferramenta para a tutela de direitos coletivos em sentido lato, até mesmo por não sofrer as restrições⁸⁴ impostas à ação civil pública com relação à discussão de “tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos

⁸² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. pp. 545-546.

⁸³ MELLO, Celso Antonio Bandeira. Ato coator. In FERRAZ, Sérgio (org.) *Mandado de Segurança*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris e Instituto dos Advogados Brasileiros, 1986. p.32.

⁸⁴ Vale dizer que as referidas restrições compõem verdadeiro retrocesso na tutela de direitos coletivos em sentido amplo, mas o mandado de segurança coletivo está imune a elas.

beneficiários podem ser individualmente determinados” (art. 1º, parágrafo único da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985).⁸⁵

O *writ* tem histórica tradição de ser impetrado para a defesa dessas matérias, especialmente a tributária, sendo que eventual restrição normativa sobre tais temáticas comprometeria sobremaneira a eficiência do instituto. Ademais, não se poderia recorrer ao microsistema para importar norma mitigadora do pleno acesso à jurisdição coletiva. Essa interpretação em prejuízo da tutela jurisdicional coletiva implicaria restrições a uma garantia constitucional e aviltaria o art. 5º, XXXV da CF/88.⁸⁶

Quisesse o legislador restringir a abrangência do *mandamus coletivo*, tê-lo-ia feito expressamente, por lei específica. E, ainda que o fizesse, tal norma estaria maculada pela inconstitucionalidade, exatamente como sustenta a doutrina sobre o parágrafo único, art. 1º, da Lei de Ação Civil Pública. Sobre este último, a vedação nele contida foi inserida no ordenamento jurídico por Medida Provisória, em uma clara manobra do Estado de “impedir o cabimento de tutela coletiva de interesses transindividuais em matérias que se poderiam voltar contra o próprio governo”.⁸⁷ Nesse sentido, totalmente descabida a extensão ao mandado de segurança coletivo da limitação das matérias imunes ao ajuizamento de ação civil pública. Portanto, o *writ* está protegido da clausura imposta pelo art. 1º, parágrafo único da Lei 7.347/1985 e, desse modo, representa um abrangente instrumento a serviço da tutela coletiva.

Por ser um instrumento de grande amplitude, serve para a tutela de três espécies de interesses e direitos coletivos *lato sensu*: individuais homogêneos, coletivos em sentido estrito e difusos. Os dois primeiros (individuais homogêneos e coletivos em sentido estrito) são previstos expressamente no art. incisos I e II do art. 22, parágrafo único da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009, levando em consideração que a norma preteriu o emprego da expressão *interesses*, ao que parece, para prestigiar antigo entendimento de que o mandado de segurança servia à tutela de direitos, não de interesses. A tutela dos interesses e direitos difusos, por sua vez, decorre principalmente da interpretação do texto

⁸⁵ Nesse sentido ZANETI JR, Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2013. pp.201-202.

⁸⁶ Nesse sentido ZANETI JR, Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2013. pp.201-202.

⁸⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.773.

constitucional, que não mede esforços para a adequada tutela de quaisquer conflitos levados à apreciação do Poder Judiciário. É o que se verá adiante.

2.4.1 Direitos individuais homogêneos

Os direitos individuais homogêneos não são direitos essencialmente coletivos. A defesa desses direitos convém ao ordenamento para evitar a reprodução indesejada de casos idênticos, em prestígio à economia processual. O indivíduo poderia (e segue podendo) propor a própria demanda individual, mas, por opção política do legislador, a soma de direitos individuais pode ser tutelada de forma coletiva, a fim de tratar esses casos de imediato como molécula, evitando que as demandas se reproduzam de modo atomizado e que decisões conflitantes sejam proferidas para casos de direitos homogêneos decorrentes de origem comum.⁸⁸ A rigor, não existe um direito material individual homogêneo.⁸⁹ Trata-se de ficção⁹⁰ criada pelo legislador para tutelar processualmente diversos direitos individuais decorrentes de uma mesma causa fática ou jurídica.⁹¹ Vem daí a afirmação de que os direitos individuais homogêneos são acidentalmente coletivos, ou seja, individuais na essência e coletivos apenas no tratamento processual.⁹²

A ação de classe para a tutela de direitos individuais homogêneos tem inspiração na *class action for damage* norte americana (*Rule 23, [b][3]*), cujos requisitos *autônomos* mais destacados pela doutrina brasileira são a *prevalência* das questões coletivas comuns (de direito e de fato) sobre as individuais e a *superioridade* da tutela coletiva em relação à

⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*: processo coletivo (arts.81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II. p.29.

⁸⁹ Em sentido contrário, defendendo a existência de um direito material individual homogêneo: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de processo civil*: processo coletivo. 6. ed. Salvador: JusPodvim, 2011. Vol. IV. pp.82-84. RIZZATO NUNES. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.793.

⁹⁰ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p.30.

⁹¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011. pp.145-146. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. pp.37-42. CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. *Ações Coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012. pp. 220-221. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p.81. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.98. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. São Paulo: RT, 2013. p.127. SOUZA, Motauri Ciochetti de. *Ação Civil Pública e inquérito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 20-24.

⁹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In_ *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1984. pp.195-197.

tutela individual, no tocante à eficácia e justiça da sentença.⁹³ Não obstante a possibilidade do emprego de tais requisitos no direito brasileiro como “condição de admissibilidade”⁹⁴ da ação coletiva, fato é que o legislador não os previu expressamente – embora haja projetos de lei que tentam alterar essa realidade.⁹⁵ Tanto o art. 81, parágrafo único, inc. II, do CDC,⁹⁶ como o art. 21, parágrafo único, inc. II, da Lei n.º 12.016/2009⁹⁷ (*primeira parte*), definem, com poucas palavras,⁹⁸ os direitos individuais homogêneos como aqueles decorrentes de “origem comum”.⁹⁹ Desse modo, na definição legal, há destaque para a homogeneidade do direito e a sua mesma origem. Aliás, é bom que fique claro: homogeneidade e origem comum são requisitos distintos.¹⁰⁰⁻¹⁰¹

⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In *O processo: Estudos & Pareceres*. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009. pp. 238-265.

⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In *O processo: Estudos & Pareceres*. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009. p.249.

⁹⁵ É assim o texto do Art. 2º, inc. III do Projeto de Lei 5129/2009: A tutela coletiva abrange os interesses ou direitos: (...) III - individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à Justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou dificuldade na formação do litisconsórcio.

⁹⁶ Art. 81, p. ún., inc. II, do CDC – “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

⁹⁷ Art. 21, p. ún., inc. II da lei n.º 12.016/2009: “individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante”.

⁹⁸ A definição lacônica do Código de Defesa do Consumidor gerou a crítica de Sérgio Cruz Arenhart, para quem é imprecisa e insuficiente a definição contida naquele diploma legal. Ademais, o autor comenta alguns julgados do STJ que empregaram de forma “heterogênea” a definição legal, senão vejamos: “Ao examinar demanda em que se discutia ressarcimento de danos materiais e morais a moradores de determinada área, por conta de vazamento de produto tóxico, concluiu aquela Corte que os direitos individuais homogêneos são ‘caracterizados por um fato comum, no caso específico o vazamento de produtos tóxicos e a contaminação da água consumida pelos associados’. Em outra oportunidade, o STJ viu homogeneidade dos direitos individuais em razão da mesma causa de pedir das pretensões individuais. Em outros casos, examinando a matéria referente a relações previdenciárias, o critério utilizado pelo mesmo tribunal para caracterizar um direito como individual homogêneo (e não individual ‘puro’) foi a indisponibilidade do interesse ou a sua origem em relação ao consumo. Encontram-se ainda feitos, no quais se discutia, especificamente, interesses de moradores de condomínios, em que entendeu o STJ que poderiam ser caracterizados como interesses individuais homogêneos os interesses comuns dos condôminos, ou seja, que dissessem a todos eles de maneira comum. Finalmente, em outros arestos do mesmo Tribunal, considerou-se que a origem comum dos interessados deve ser examinada a partir das circunstâncias de fato que ligam os titulares dos direitos. (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. São Paulo: RT, 2013. pp.48-49).

⁹⁹ Estevão Mallet critica vigorosamente a redação da Lei 12.016/2009 com relação à definição de direitos individuais homogêneos. Segundo o autor: “A definição dada aos direitos individuais homogêneos, como sendo aqueles ‘decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante’, não é adequada. Não leva em conta que, para a homogeneidade, não é decisiva a origem comum. O que importa é, isso sim, a prevalência das questões comuns sobre as questões individuais, como realçado em várias legislações que mais apropriadamente disciplinaram a tutela coletiva de direitos.” (MALLET, Estevão. Nova lei do mandado de segurança: avanço ou retrocesso? *Revista do Advogado*, ano XXX, n.110, p. 44, dez 2010).

¹⁰⁰ Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*: processo coletivo (arts.81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II. p. 76. WATANABE, Kazuo. Do objeto litigioso das ações coletivas. In: . MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010. p.506.

A origem comum decorre de circunstância fática ou jurídica que poderá ser *próxima* ou *remota*,¹⁰² podendo, inclusive, ser diferida no tempo.

Sobre este último dado, “a unidade factual e temporal não é seu pressuposto necessário”, tendo em vista que os indivíduos podem ser atingidos de modo cronologicamente espaçado e, certamente, por mais de uma vez, por uma determinada violação a direito (ex. publicidade enganosa que se repete).¹⁰³ Portanto, para a configuração dos direitos individuais homogêneos a violação não necessariamente se opera de uma única vez.

Já no tocante à origem próxima e remota, sua melhor compreensão parte da análise de extremos. Se estendido ao máximo, “qualquer interesse poderia ser reunido para a tutela conjunta, porque *ultima ratio* será sempre possível encontrar uma ‘origem remota’ comum a todos os interesses”.¹⁰⁴ Noutro giro, apesar de haver homogeneidade, é preciso afastar o pensamento de que exista igualdade entre os direitos individuais tutelados coletivamente, até mesmo porque na maioria das vezes existirão nuances entre os casos, mas elas não poderão ser tão acentuadas ao limite das questões individuais se sobreporem às questões comuns.¹⁰⁵

A seu turno, a definição sobre o que é “homogeneidade”, se decorrente exclusivamente da interpretação gramatical dos textos legais (por ora relevantes o art. 81, parágrafo único, inc. II, do CDC e o art. 21, parágrafo único, inc. II, da Lei n.º

¹⁰¹ Em sentido contrário: “Por homogêneos entendam-se aqueles decorrentes de origem comum, que sejam homogêneos (qualitativamente, desprezadas ‘ab initio’ quaisquer diferenças quantitativas), e, por isso, apresentados com uniformidade, o que viabiliza também a chamada defesa a título coletivo, através de um processo de conhecimento, a qual abrangerá esses interesses e direitos nos seus aspectos comuns.” (ARRUDA ALVIM *et al.* *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São. Paulo: RT, 1995. p.380). Também entendem que a homogeneidade decorre da origem comum: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de processo civil: processo coletivo*. 6.ed. Salvador: JusPodvim, 2011. Vol. IV. p.82.

¹⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo* (arts.81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II. pp.133-134.

¹⁰³ WATANABE, Kazuo. Do objeto litigioso das ações coletivas. In: . MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010. p.505.

¹⁰⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. São Paulo: RT, 2013. p.127.

¹⁰⁵ Em sentido sensivelmente contrário: “a origem comum será representada por fatos que, podem ser o mesmo, ou, então, fatos que juridicamente são havidos como iguais e aptos, por isto mesmo, a embasar esta ação coletiva. Esta a situação definida neste art. 81, parágrafo único, inciso III, descrita para o fim de comportar defesa coletiva.” (ARRUDA ALVIM *et al.* *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São. Paulo: RT, 1995. p.380).

12.016/2009), poderia levar à equivocada conclusão de que é a origem comum que desagua necessariamente na homogeneidade. No entanto, a origem comum pode desencadear reações diversas nos indivíduos, a ponto da heterogeneidade ser tamanha que chega a desaconselhar a demanda coletiva. Nesse caso, em havendo sobressalto da questão individual sobre a questão coletiva, fechada estaria a via da tutela coletiva, tendo em vista a falta do requisito da *prevalência* e, portanto, de condição da ação (possibilidade jurídica do pedido).¹⁰⁶ Ademais, à luz do princípio da proporcionalidade, a tutela coletiva dos direitos individuais tem que se revelar útil, a fim de otimizar os recursos do Poder Judiciário e dar tratamento isonômico a casos que envolvam a mesma questão jurídica.¹⁰⁷

Na esteira do pensamento de Teori Zavascki, alicerçado no artigo 46, inc. II e IV, do CPC, alguns elementos da obrigação sequer importam ao direito individual homogêneo por serem variáveis, tais como a identidade do credor (*cui debeat*) e o valor a este devido (*quantum debeat*). Contudo, o próprio dever (*an debeat*), quem deve (*quis debeat*) e o que deve (*quid debeat*), não são elementos obrigacionais prescindíveis para se constatar a homogeneidade do direito,¹⁰⁸ sendo que daí decorre um importante elemento para se identificar tamanha afinidade a ponto de justificar o tratamento coletivo.

Desta feita, havendo a origem comum, a homogeneidade, bem como a prevalência das questões coletivas sobre as individuais, resta saber se a via coletiva é o meio mais adequado para a solução do conflito, ou seja, resta saber se o requisito da *superioridade* é atendido. Este último deve ser encarado como sinônimo de interesse de agir, “condição da ação que exige, para seu exercício, a necessidade e a utilidade do provimento jurisdicional invocado, além da adequação deste à proteção do direito reclamado”.¹⁰⁹ A fim de ilustrar a afirmativa anterior, temos que “a prova do nexa causal pode ser tão complexa, no caso concreto, a ponto de tornar praticamente ineficaz a sentença condenatória genérica”.¹¹⁰ Nessa circunstância, a serventia da tutela coletiva perderia muito de seu valor a ponto de

¹⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*: processo coletivo (arts.81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II. pp.133-134.

¹⁰⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. São Paulo: RT, 2013. pp. 144-145.

¹⁰⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011. pp.146-147.

¹⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*: processo coletivo (arts.81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II. p.134.

¹¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*: processo coletivo (arts.81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II. p.135.

ser inútil a propositura da demanda de classe, visto que a demanda individual seria, no caso, mais proveitosa. Em outros termos, teria nada ou muito pouco de eficácia a tutela jurisdicional coletiva para a pacificação social nas condições acima descritas.

Outra característica dos direitos individuais homogêneos é a tutela de direitos de pessoas *determináveis* e de obrigações *divisíveis*. É preciso excepcionar, entretanto, que a determinação dos sujeitos e a divisibilidade da parcela da obrigação que os aproveita ocorrerão no momento da liquidação e execução do direito individual (arts. 97 e 98 do CDC).¹¹¹ Até tal momento, por circunstâncias exclusivamente processuais, o legitimado não pode dispor do direito alheio e deve tê-lo como indivisível, afinal, seu interesse é pela prolação de sentença genérica, potencialmente benéfica a todo o grupo.¹¹² E se houver *fluid recovery* (art. 100 do CDC), voltam a ser indivisíveis.

No tocante especificamente à previsão de tutela dos direitos individuais homogêneos em mandado de segurança coletivo, o legislador inovou na ordem jurídica na segunda parte do art. 21, parágrafo único, inc. II, da Lei n.º 12.016/2009,¹¹³ ao prescrever que os direitos individuais homogêneos são aqueles decorrentes da origem comum “e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante”. Por que o legislador não estendeu a tutela a todos os aqueles que sofreram lesão ou ameaça a seu direito, mesmo que não sejam “membros do impetrante”? Trata-se de uma clara tentativa de limitar o âmbito de abrangência da tutela do mandado de segurança coletivo sobre direitos individuais homogêneos de modo incongruente com o escopo pretendido pela tutela coletiva: prestigiar a economia processual, evitar a propagação de demandas individuais e manter a harmonização dos julgados.

Por derradeiro, é importante frisar que, regra geral, a impetração de mandado de segurança preventivo não ocorrerá para os direitos individuais homogêneos. Isso porque, antes da existência efetiva do ato coator – onde reside a origem comum –, é complexa a mensuração precisa do grupo, categoria ou classe possivelmente atingidos por seus

¹¹¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de processo civil: processo coletivo*. 6.ed. Salvador: JusPodvim, 2011. Vol. IV. p.80. Sobre a liquidação da sentença coletiva, vide: PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998. pp.179-260.

¹¹² VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 68.

¹¹³ Art. 21, p. ún., inc. II da lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009: “individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante”.

impactos. Não se sabe quais serão as possíveis vítimas. A tutela inibitória, nesses casos, tende a beneficiar um grupo indeterminado de pessoas, o que torna difícil a visualização do manejo do *mandamus* coletivo preventivo para esses direitos acidentalmente coletivos.

2.4.2 Direitos coletivos em sentido estrito

A tutela dos direitos coletivos em sentido estrito está prevista expressamente na Lei do Mandado de Segurança (Lei n.º 12.016/2009). O texto do art. 22, parágrafo único, inc. I, foi nitidamente inspirado no Código de Defesa do Consumidor,¹¹⁴ apesar de existirem sutis diferenças como a já mencionada exclusão da tutela de *interesses* e a predileção pela expressão “relação jurídica *básica*” (ao invés de utilizar a expressão “relação jurídica *base*”). Também distinguem os textos da Lei do Mandado de Segurança e do Código de Defesa do Consumidor a omissão do termo *classe*, que consta neste último e não naquela. Todavia, nenhuma relevância há de ser atribuída a essa omissão, partindo do pressuposto de que o termo *grupo* tem potencial de veras abrangente.

Os direitos coletivos em sentido estrito são marcados pela possibilidade de determinação de seus titulares, o que os diferencia dos direitos difusos (cuja precisão dos titulares é inviável). A viabilidade do apontamento desses titulares é factível pela existência de uma relação jurídica base, prévia,¹¹⁵ que liga (i) os titulares entre si (ex. membros de sindicatos, o que decorre da “*affectio societatis*”,¹¹⁶ como em qualquer outra entidade de classe); ou (ii) os titulares e a parte contrária (ex. contribuintes de um tributo específico).¹¹⁷

¹¹⁴ Para comparação entre os dois textos legais mencionados, segue a literalidade dos dispositivos:

Art. 21, p. ún, inc. I, da lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009: “coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica *básica*”; (grifo nosso).

Art. 81, p. ún, inc. II, da lei 8.078, de 11 de setembro de 1990: “interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica *base*”; (grifo nosso).

¹¹⁵ No que concerne ao momento da lesão a direitos coletivos em sentido amplo, concordamos com Elton Venturi, na passagem de sua obra em que este afirma que “se a ligação dos indivíduos, todavia, decorrer circunstancialmente da lesão ou ameaça de lesão infligidas por um evento que os atinja homogeneamente, estar-se-á, então, diante de interesses ou interesses individuais homogêneos (...)”. (VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p.57).

¹¹⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de processo civil: processo coletivo*. 6.ed. Salvador: JusPodvim, 2011. Vol. IV. p.76.

¹¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo* (arts.81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II. p.75.

Logo, há uma identificação maior do grupo enquanto grupo, dada a coesão existente entre os titulares desses direitos entre si, ou com a parte contrária, o que também não ocorre com os direitos difusos. Ao ter isso em consideração, não seria admissível tratar membros de um mesmo grupo, categoria ou classe de forma distinta, sob pena de dispensar tratamento *não isonômico*¹¹⁸ a casos de equivalência singular, razão pela qual se justifica a tutela desses direitos pelo *mandamus* coletivo.

Além disso, os direitos coletivos em sentido estrito são indivisíveis,¹¹⁹ têm estrutura unitária, o que não se confunde com a somatória dos direitos individuais dos integrantes do grupo.¹²⁰ É apenas quando se tem o produto do direito da coletividade, e não do conjunto dos respectivos direitos dos indivíduos, que se está diante dessa espécie *stricto sensu* dos direitos coletivos, pois não são eles passíveis de cisão.

2.4.3 Direitos difusos

Ainda quando o debate sobre os direitos difusos era embrionário na doutrina nacional, Barbosa Moreira já ensinava que os traços mais primários desses direitos eram, em primeiro lugar, referentes a titulares plúrimos, em “número indeterminado e, ao menos para fins práticos, indeterminável; segundo, a indivisibilidade do objeto do interesse, cuja satisfação necessariamente aproveita em conjunto a todos, e cuja postergação a todos em conjunto prejudica”.¹²¹

¹¹⁸ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.33.

¹¹⁹ Ser indivisível não significa que os direitos coletivos em sentido estrito não podem ser fruídos individualmente. O direito coletivo em sentido estrito não pode é ser fruído individualmente de modo exclusivo, tendo em vista a sua indivisibilidade. É o que esclarece Lúcia Valle Figueiredo: “deveras, pode o direito coletivo ser fruído por um dos integrantes da classe. Porém, tal fato não afasta os demais titulares, que dele poderão desfrutar no momento que entenderem. Destarte, a fruição, embora se dê individualmente, não é de forma exclusiva. (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos difusos e coletivos*. São Paulo: RT, 1989. p.13).

¹²⁰ “L’interesse collettivo ha struttura unitaria, è ancora sintesi e combinazione indivisibile di tutti gli interessi singoli che compogno. Non `e nuovo neppure il ‘soggetto’ che si presenta come punto di riferimento (non più però ‘titolare’) dell’interesse collettivo, vale a dire la categoria”. (VIGORITI, Vincenzo. *Interessi Collettivi e Processo: la legittimazioni ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979.p.48). Acerca do direito coletivo em sentido estrito como (i) interesse pessoal do grupo, como (ii) síntese ou (iii) soma dos interesses individuais dos membros do grupo, vide: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 7. ed. São Paulo: RT, 2011. pp.54-58.

¹²¹ BARBOSA MOREIRA. A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p.98.

Percebe-se, nitidamente, que os parâmetros fixados pela doutrina inspiraram o legislador quando da elaboração do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a redação do art. 81, parágrafo único, inc. I, em muito é reconhecida na definição acima colacionada. Referido dispositivo entende como interesses ou direitos difusos “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Conforme acima exposto, os direitos difusos têm como traço peculiar a dispersão entre os seus titulares, ou seja, a agregação entre eles é fluida¹²² – tanto é verdade que a ausência de coesão entre os titulares gera uma dificuldade de encontrar legitimados, devidamente organizados e constituídos junto ao Poder Público, para defender os interesses desse amórfico grupo.¹²³ Os titulares são, desse modo, indeterminados.¹²⁴ Aliás, não poderia ser de outro modo, pois a origem circunstancial dos direitos difusos, oriundas de dado fato, dificultaria a organização prévia (e formal) de determinado grupo. Vale lembrar que a fruição do bem difuso é transindividual, preponderantemente extrapatrimonial¹²⁵ e indivisível, sendo esta última uma característica que aproxima os direitos difusos e os coletivos em sentido estrito. Ou todos se beneficiam com incolumidade do bem difuso (ex. ar, mar, patrimônio histórico e cultural), ou todos são prejudicados pela sua perturbação – em síntese, eventual lesão atinge a todos indistintamente. “É o direito difuso o de cada um e de todos. De todos e de cada um”.¹²⁶

Nesse sentido, os direitos difusos devem ser compreendidos como um todo até em razão de sua indivisibilidade. Tendo isso em mente, não foi por acaso que Ada Pellegrini Grinover criticou a tentativa de fragmentar os direitos difusos (e até mesmo os coletivos) como se fossem de titularidade de dada parcela de um segmento social (ex. os cidadãos de

¹²² VIGORITI, Vincenzo. *Interessi Collettivi e Processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979. p.39.

¹²³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 7. ed. São Paulo: RT, 2011. pp.175-176.

¹²⁴ “Não se trata da identificação dos interesses difusos como simples soma de interesses individuais, tampouco como síntese destes, referindo-se sim a necessidades que são da coletividade como um todo, daí surgindo sua indivisibilidade”. (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.p.91).

¹²⁵ LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p.103.

¹²⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.32.

determinado ente federativo).¹²⁷ Em sua ótica – com a qual, a propósito, concordamos – essa conduta leva à desnaturação completa da indivisibilidade que marca esse direito transindividual porque foge da vontade do legislador de munir o sistema com um instrumento que pacifica o conflito em sua dimensão molecular. Ademais, abrir flancos para a existência de mais de um processo acerca do mesmo conflito implica negar a coisa julgada *erga omnes*, além de representar a assunção do risco de conflito prático de julgados.¹²⁸

Na Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009), o legislador foi além da mera limitação dos direitos difusos e simplesmente os eliminou do âmbito de incidência da norma.

É preciso admitir, entretanto, que na história dos direitos difusos no Brasil, a possibilidade da invocação deles via mandado de segurança coletivo sempre foi questionada. Cretella Júnior¹²⁹ e Calmon de Passos¹³⁰ rejeitavam a hipótese de existir tutela de *interesses* difusos, tendo em vista que o mandado de segurança cuida de *direitos* líquidos e certos e não de interesses.

Desse entendimento também comungou Ovídio Baptista da Silva,¹³¹ que, inclusive, inseriu outro argumento contrário a que a defesa de “interesses difusos” fosse cogitada em mandado de segurança coletivo. Acrescentou o autor que os objetos do *mandamus* coletivo são “os direitos (individuais) comuns a uma coletividade de legitimados”,¹³² como se o instrumento servisse apenas à tutela de direitos subjetivos de pessoas determinadas –

¹²⁷ Defendendo a hipótese de restrição a um determinado grupo (ex. moradores de região atingida). (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp.53-54).

¹²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*: processo coletivo (arts.81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II. pp.71-73. No mesmo sentido: VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.46.

¹²⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Os “writs” na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p.76.

¹³⁰ CALMON DE PASSOS. *Mandado de Segurança Coletivo, mandado de injunção, “habeas data”*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

¹³¹ SILVA, Ovídio Baptista da. Mandado de Segurança – meio idôneo para defesa de interesses difusos?. *Revista de Processo*, ano 15, n. 60, pp.131-145, outubro-dezembro, 1990.

¹³² SILVA, Ovídio Baptista da. Mandado de Segurança – meio idôneo para defesa de interesses difusos?. *Revista de Processo*, ano 15, n. 60, p. 144, outubro-dezembro, 1990.

posição adotada também por Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci.¹³³ *Era a perspectiva de um instrumento de tutela individual ampliada, não de um instrumento genuinamente de tutela coletiva.*

A oposição encontrada para a tutela de direitos difusos ganhou fôlego com a Lei n. 12.016/2009, visto que o art. 21 apenas previu que os direitos individuais homogêneos e coletivos seriam tutelados por mandado de segurança coletivo. Assim, os opositores da extensão da tutela do *mandamus* aos direitos difusos ganharam um novo argumento: a interpretação gramatical.¹³⁴

Para Humberto Theodoro Júnior,¹³⁵ estender a tutela do mandado de segurança coletivo aos direitos difusos não é possível. A argumentação sustenta-se na dificuldade de compreender que a ausência de uma relação jurídica base possa originar um direito líquido e certo a revestir um direito subjetivo. O autor busca esteio em Fábio Caldas de Araújo e José Miguel Garcia Medina para afirmar que “é incabível assegurar um direito subjetivo líquido e certo para um grupo indeterminado de pessoas”.¹³⁶

Em obra mais recente, Humberto Theodoro Júnior adotou posicionamento sensivelmente diverso.¹³⁷ O autor consigna que não existe diferença ontológica ou substancial entre direitos difusos e coletivos em sentido estrito. Partindo do pressuposto que estes últimos estão previstos no âmbito de incidência da Lei 12.016/2009, aqueles também poderiam ser invocados pela via mandamental constitucional, desde que o impetrante fosse órgão institucional ou tivesse, dentre seus objetos sociais, a tutela de direitos difusos ligados aos associados do sindicato, entidade de classe ou associação. De acordo com seu pensamento, “o importante não é definir se o direito transindividual é, em

¹³³ TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e Processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p.147. No mesmo sentido: TUCCI, José Rogério Cruz e. “*Class action*” e mandado de segurança coletivo (*diversificações conceituais*). São Paulo: Saraiva, 1990. p.41.

¹³⁴ AMARAL, Paulo Osternack; SILVA, Ricardo Alexandre. Mandado de Segurança Coletivo. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 105, p. 97, 2011. BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTR, 2010. pp. 1184-1186.

¹³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O mandado de segurança segundo a lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.47.

¹³⁶ Embora citada por Humberto Theodoro Júnior, a seguinte obra foi consultada no original: ARAÚJO, Fábio Caldas de; MEDINA, José Miguel Garcia. *Mandado de Segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016/2009, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 208.

¹³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei do mandado de segurança comentada artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. pp.363-374.

si, atribuível a toda a comunidade, mas sim verificar se o grupo de membros da associação tem ou não interesse em jogo no ato administrativo violador do interesse coletivo, in concreto”.¹³⁸ Desse modo, pela perspectiva de Humberto Theodoro Júnior, a suposta omissão do legislador quanto ao direito difuso compõe um falso problema.

Ainda que avessos à prática, Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes¹³⁹ admitem que o ajuizamento de mandados de segurança pelos membros do *parquet* era comum¹⁴⁰ para a defesa dos interesses difusos, antes do advento da lei vigente. Aduzem que “se um determinado ato é atentatório a direitos difusos, e não direitos individuais, o Ministério Público poderá intervir para reprimi-lo, mas não pela via do Mandado de Segurança Coletivo anômalo, e, sim, através de ação civil pública”.¹⁴¹ Para reforçarem a defesa do argumento, os autores fazem menção ao julgamento do MS. n. 21.059-RJ,¹⁴² da lavra do Min. Sepúlveda Pertence, ementado com os seguintes dizeres “a legitimidade *ad causam* no mandado de segurança pressupõe que o impetrante se afirme titular de um direito subjetivo próprio”, momento em que, uma vez mais, salta aos olhos o ranço individualista sobre o processo essencialmente coletivo, como se não fosse possível ao impetrante (substituto processual) pleitear direito alheio. Por fim, os supracitados juristas aludem ao argumento legalista, asseverando que a Lei nº 12.016/2009 não previu a tutela de interesses difusos.¹⁴³

¹³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei do mandado de segurança comentada artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.373.

¹³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. pp.129-132.

¹⁴⁰ STJ, RMS n.5895-DF, Rel. Min. Assis Toledo, DJU 5.2.96, p.1.410.

¹⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.131, nota 283.

¹⁴² RTJ 133/652.

¹⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.132. No mesmo sentido (rejeitando a tutela dos direitos difusos em mandado de segurança coletivo), para além dos autores já citados: CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o mandado de segurança coletivo, nos termos da Lei 12.016/2009. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; VIGORITI, Vincenzo (org.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: RT, 2014. pp. 259-261. GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SILVA, Márcio Henrique Mendes; FERREIRA, Olavo A. Vianna Alves. *Comentários à Nova Lei de Mandado de Segurança*. São Paulo: Método, 2009. p.109. BULOS, Uadi Lamêgo. *Mandado de segurança coletivo*. São Paulo: RT, 1996. pp. 64-66. ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. pp. 335-337 (o autor se atém à vedação de *lege lata*, mas de *lege ferenda*, seu posicionamento é oposto).

Não entendemos ser correta a posição de que é incabível mandado de segurança coletivo contra ato coator que viola direitos difusos.¹⁴⁴ O argumento maior é o constitucional, tendo em vista que qualquer restrição ao *mandamus* implicaria nítida afronta ao princípio do acesso à Justiça (art.5º, inc. XXXV da CF/88). Adotamos a linha seguida por Ada Pellegrini Grinover, para quem o remédio garantido pela Lei Maior deve ter expandidas a eficácia e a efetividade, de sorte que “qualquer lei e qualquer interpretação restritivas serão inquestionavelmente inconstitucionais”.¹⁴⁵ O inciso LXIX, do art. 5º, da CF/88, é amplo no que diz respeito aos direitos tutelados, bastando que haja tão somente violação a direito líquido e certo. Não prescreveu, porém, quais seriam esses direitos. Não prescreveu, intencionalmente, porque a porta está aberta para a tutela de quaisquer direitos e não cabia à Lei n.º 12.016/2009 fechá-la aos direitos difusos. Ademais, a ausência de previsão da lei acerca desses direitos não altera a situação havida quando ainda vigia a Lei n.º 1.533/1951, tendo em vista que, apesar de tal lei não fazer menção sequer ao mandado de segurança coletivo, era bem aceita (na doutrina e na jurisprudência)¹⁴⁶⁻¹⁴⁷ a impetração do *mandamus* para tutela de direitos difusos.

¹⁴⁴ Também favoráveis à tutela dos direitos difusos pela via mandamental: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. pp.32-33. TESHEINER, José Maria Rosa. Mandado de segurança coletivo. *Revista de Processo*, ano 35, n. 182, pp.11-13, abril de 2010. ZAVASCKI, Teori Albino. O mandado de segurança coletivo na Lei 12.016/2009. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010. p.795. REDONDO, Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; CRAMER, Ronaldo. *Mandado de segurança: comentários à Lei 12.016/2009*. São Paulo: Método, 2009. pp. 151-152. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. pp.452-453. ZANETI JR, Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2013. pp. 95-100. ALMEIDA, Gregório Assagra de; CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. *Mandado de Segurança: Introdução e comentários à Lei n. 12.016, de 7.8.2009 (artigo por artigo)*, com indicação do PLS n. 222/2010. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 436-439. BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do Mandado de Segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 166-173. PACHECO, José da Silva. *Mandado de Segurança e outras ações constitucionais típicas*. São Paulo: RT, 2012. p. 323. ARRUDA ALVIM, Eduardo. Aspectos do mandado de segurança coletivo à luz da Lei 12.016/09. In: ASSIS, Araken de et al (org.). *Processos coletivos e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. pp.167-170. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o mandado de segurança na Lei 12.016/2009. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 510. FERRARESI, Eurico. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.118. BARBI, Celso Agrícola; SOUZA, Bernardo Pimentel (atualiz.). *Do mandado de segurança*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. pp.272-274.

¹⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação, objeto e coisa julgada. *Revista de Processo*, ano 15, n.58, p. 76, abril-junho de 1990.

¹⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação, objeto e coisa julgada. *Revista de Processo*, ano 15, n.58, p. 76, abril-junho de 1990.

¹⁴⁷ “3. O mandado de segurança coletivo preventivo é meio adequado à prevenção de ofensa a interesse ou direitos individuais, coletivos e difusos do consumidor (Art. 81, parágrafo único, II, c/c o Art. 6º, VI, e Art. 83 do CDC).” TRF1, AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 199501247520, Rel. Des. Eustaquio Silveira, 3a Turma, julgado em 27.5.1999. “1. Mandado de segurança impetrado no intuito de declarar o direito do impetrante em conhecer informações requeridas para fins de fazer uso delas na instrução de ação popular, e que a Autoridade coatora promova a publicação dos relatórios semestrais das despesas

No que diz respeito à tese de que o mandado de segurança não serve à tutela de interesses, mas tão somente a direitos, parece que há apego à nomenclatura. Não obstante os valorosos trabalhos da doutrina voltados à diferenciação entre *direitos* e *interesses*,¹⁴⁸ referidas expressões são comumente trazidas como sinônimas – assim como faremos no presente trabalho.¹⁴⁹ Embora os conceitos sejam distintos,¹⁵⁰ pouco importará se o impetrante do *mandamus* utiliza uma ou outra expressão. Tecer linhas distintivas entre tais conceitos teria relevância em países de jurisdição dúplice para a definição de competência, o que não ocorre no Brasil pois o interesse tutelado é verdadeiro direito. O que é realmente relevante é que se o bem da vida clamar a proteção jurisdicional e houver amparo legal para concessão da segurança, o Poder Judiciário não poderá negar o acesso à justiça se o emprego de dada nomenclatura não lhe parecer correto.

No tocante à improvável afronta a direito líquido e certo ante a ausência de uma relação jurídica base – como se isso tornasse o direito menos provável documentalmente –, tal receio restou sublimado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 196.184-8/AM, Rel. Ministra Ellen Gracie, julgado em 27.10.2004. Nesse acórdão, ficou claro que o *mandamus* coletivo era meio hábil à tutela de direitos difusos porque “a previsão do art. 5º, LXX, da Constituição objetiva aumentar os mecanismos de atuação dos partidos políticos no exercício de seu mister (...) não podendo, portanto, ter esse campo restrito à defesa de direitos políticos e sim de todos os direitos difusos e coletivos que afetam a sociedade”. Há, portanto, importante precedente pela viabilidade de impetração de mandado de segurança coletivo para a defesa de direitos difusos.

realizadas com a propaganda e publicidade dos atos, programas, serviços e campanhas do Governo do Estado do Paraná, desde 1995, nos termos do que determina a Constituição daquele Estado. 2. A ação mandamental consubstancia-se em um instrumento constitucional de defesa apenas de direito líquido e certo - direito subjetivo (art. 5º, LXIX, da CF/88)-, não podendo ser utilizado para a proteção de interesses difusos e coletivos, os quais são resguardados pelo mandado de segurança coletivo (art. 52, LXX, da CF/88), pela ação popular (art. 5º, LXXIII, da CF/88) e pela ação civil pública (Lei nº 7.347/85). 3. Recurso desprovido.” STJ, RMS 10.900/PR, Rel. Ministro José Delgado, 1ª Turma, julgado em 16.3.2000, DJ 2.5.2000, p. 101.

¹⁴⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 7. ed. São Paulo: RT, 2011.. AROCA, Juan Montero. *De la legitimación en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 2007. pp. 402-418.

¹⁴⁹ “Não é por outra razão, aliás, que a doutrina mais atualizada prefere falar em direito, e não em interesses, difusos e coletivos”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação, objeto e coisa julgada. *Revista de Processo*, ano 15, , n.58, p. 79, abril-junho de 1990).

¹⁵⁰ Segundo Mazzilli “interesse é pretensão; direito é pretensão amparada pela ordem jurídica”. (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.54).

Se, por exemplo, a Administração Pública, numa situação hipotética, autoriza a demolição de edificação histórica tombada pelo Poder Público, qual seria a vedação para que houvesse a propositura de mandado de segurança coletivo contra o ato – nitidamente lesivo a direitos difusos – que autorizou a demolição? Haveria direito (art. 215, CF/88) e prova documental pré-constituída (ato normativo de tombamento e de demolição). Assim, não encontramos dificuldade em visualizar liquidez e certeza em determinadas situações (raras, é verdade) de violação a direitos difusos.

Outro entendimento com o qual não concordamos é o de que o mandado de segurança se presta a tutelar direitos subjetivos e de pessoas determinadas. O argumento revela um ranço da tutela individual, não aplicável à ferramenta em comento. Ora, conforme repisadamente nos posicionamos no decorrer deste trabalho, a via do *mandamus coletivo* está inserida no arcabouço normativo voltado à tutela de direitos metaindividuais fruíveis simultaneamente por toda a coletividade. Esses direitos clamam, assim como os direitos individuais, pela tutela jurisdicional, a qual não pode ser negada. Em *ultima ratio*, é justamente isso o que importa: a tutela não pode ser omitida pelo apego aos signos ou modelos estanques formais de direitos coletivos. Dito de outro modo, é nada relevante se o impetrante, por imprecisão técnica, denomina o direito da categoria como difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo, desde seja ele legítimo para a defender os interesses dos substituídos.¹⁵¹

Feitas essas considerações, concluímos que é possível a tutela de direitos difusos (e de todos os outros direitos coletivos em sentido amplo) pela via do mandado de segurança coletivo.¹⁵² Ao considerar esse dado, adiante analisaremos a formação da coisa julgada relacionada aos direitos difusos no *mandamus* coletivo.

¹⁵¹ “É dizer de forma bem direta: as intermináveis discussões sobre o que são interesses ou direitos ‘difusos’, ‘coletivos’ e ‘individuais homogêneos’ para definir quem pode dar início a um ‘processo coletivo’ têm ocasionado uma verdadeira e constante inversão de valores na escolha feita, desde a Constituição Federal, sobre quem são os legitimados ativos para aquele mesmo fim. E pior: a maioria delas acaba com o não reconhecimento no exame do pedido de tutela jurisdicional feito ao Estado-juiz. (BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do Mandado de Segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.168).

¹⁵² O seguinte trecho traduz o nosso pensamento: “em suma, o argumento interpretativo correto deve ser pela finalidade de ampliação que o art. 129, III, quis dar ao cabimento da ação civil pública e não pela restrição do art. 5º, LXX, à admissibilidade do mandado de segurança coletivo para todos os tipos de interesses que justificam a ação civil pública. E é indiscutível que o mandado de segurança coletivo também é uma espécie de ação civil pública.” (NERY JÚNIOR, Nelson. Mandado de segurança coletivo. *Revista de processo*, ano 15, n. 57, pp. 154-155, jan-mar de 1990).

CAPÍTULO 3 - ASPECTOS PECULIARES DO MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL E COLETIVO

3.1 O direito líquido e certo no mandado de segurança individual

A expressão “direito líquido e certo” consta do art. 5º, inc. LIX,¹⁵³ da Constituição de 1988, bem como do art. 1º, da Lei nº 12.016/2009.¹⁵⁴ Contudo, nem sempre fora esse o termo empregado na legislação.

Conforme anteriormente explicitado, o mandado de segurança ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1934,¹⁵⁵ a qual fazia referência a direito “certo e incontestável”, não a “direito líquido e certo”.¹⁵⁶ Após o silêncio da ditatorial Constituição de 1937, apenas com a Constituição de 1946, em seu art. 141, parágrafo 24, a expressão direito líquido e certo adentrou no ordenamento jurídico brasileiro para nunca mais se ausentar das Cartas Constitucionais.

É preciso observar, como ressalva, que o termo “direito líquido e certo” é compreendido de forma distinta na doutrina. A primeira dessas distinções analisa se o conceito diz respeito à seara do direito material ou processual.

Alfredo Buzaid assevera que a existência do direito líquido e certo é anterior ao processo. Ao partir dessa premissa, o autor entende que referido direito pertence à categoria do direito material, pois as regras de direito processual teriam incidência a

¹⁵³ “Conceder-se-á mandado de segurança para 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”.

¹⁵⁴ “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger *direito líquido e certo*, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.”

¹⁵⁵ Art 113 – “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e *incontestável*, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes”.

¹⁵⁶ “Três, aliás, são os vocábulos que a tradição histórica do instituto consagrou para definir a excepcionalidade do direito subjetivo material tutelável pelo *writ* – certo, líquido e incontestável.” (TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e Processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p.138).

posteriori. Ao invocar Cernelutti para distinguir as espécies normativas, Buzaid afirma que as normas de direito material¹⁵⁷ constituem obrigações e direitos, enquanto as normas processuais não têm o condão de compor interesses, mas sim de, uma vez compostos no plano material, discipliná-los mediante declaração ou execução.¹⁵⁸

A essa visão material sobre direito líquido e certo se opõe o entendimento de Pontes de Miranda.¹⁵⁹ Em sua concepção, é preciso rechaçar a subjetividade para qualificar um direito como líquido e certo. O direito sempre irá, ou não, existir. No entanto, se existir, poderá não necessitar de dilação probatória para ser demonstrado, oportunidade em que será líquido e certo. O direito também pode existir, embora sua verificação dependa de dilação probatória. Nesse último caso, não haverá liquidez e certeza.

Celso Agrícola Barbi, a seu turno, entende o conceito de direito líquido e certo como típico da ciência processual e o encara, inclusive, como condição da ação do mandado de segurança.¹⁶⁰ Por seu raciocínio, não é a existência do direito subjetivo que se sujeitará à avaliação de liquidez e certeza. Esta última análise recairá, em verdade, sobre os fatos que puderem ser comprovados, sem que qualquer espécie de dúvida sobre a

¹⁵⁷ Jose Luis Lazarini também compreende o direito líquido e certo como pertencente ao plano material. Afirma, ainda, que a expressão deveria ser enxergada à luz do 1.533 do Código Civil de 1916, como se a noção de liquidez estivesse vinculada a um valor aritmético, que pressupõe certeza. O autor comentava os antecedentes do amparo argentino e, por essa razão, examinou o mandado de segurança brasileiro, especialmente o “derecho líquido, cierto e incontestable”. (LAZARINI, Jose Luis. *El Juicio de Amparo*. Buenos Aires: La Ley, 1967. p.58).

¹⁵⁸ “Não nos parece aceitável que o conceito de direito líquido e certo é tipicamente processual. A existência ou inexistência de um direito líquido e certo, que constitui fundamento do mandado de segurança, é um fenômeno pré-processual e a sua ameaça ou violação pode dar causa e nascimento a um processo. O direito líquido e certo pertence à ordem jurídica material, que provê à organização dos poderes do Estado e atribui aos sujeitos bens da vida.” (BUZOID, Alfredo. *Do mandado de segurança individual*. São Paulo: Saraiva, 1989. p.86).

¹⁵⁹ “A certeza e a liquidez de um direito não podem depender de não haver dúvida quanto à lei que rege esse direito, porque tal dúvida é subjetiva, existe e depende de elementos interiores, de estados de consciência e de convicção dos juízes e não da relação jurídica. Por mais duvidoso que se sinta o espírito do julgador na determinação da lei competente, isso não atua na situação jurídica, que não passa, por esse acidente psíquico do julgador, a ser certa. O direito existe, ou não existe; mas, existindo, pode depender de provas em dilações, e então é incerto e talvez ilíquido”. (PONTES DE MIRANDA. *Tratados das Ações*. São Paulo: RT, 1970. p.56).

¹⁶⁰ BARBI, Celso Agrícola; SOUZA, Bernardo Pimentel (atualiz.). *Do mandado de segurança*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. pp.49-51, 56-57. Também entendem o direito líquido e certo como um conceito de direito processual: SIDOU, J. M. Othon. *Do mandado de segurança*. 3. ed. São Paulo: RT, 1969. p.234. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp.318-323.

existência desses mesmos fatos possa ser suscitada no processo. A propósito, a prova que viabilizaria essa comprovação seria tão somente a documental.¹⁶¹

Entendemos que a combinação das correntes defendidas por Celso Agrícola Barbi e Pontes de Miranda é a mais correta. O direito, se existir, poderá exigir, ou não, dilação probatória. Desse modo, será qualificado como direito líquido e certo, para fins de mandado de segurança, o *fato provado*¹⁶² de imediato por prova documental pré-constituída que implicar, pelas asserções do impetrante, ameaça ou violação a direito individual pelo Estado (ou por quem lhe faça as vezes), denotando de forma clara o interesse de agir.

É na identificação do fato violador ou ameaçador do direito individual em termos probatórios que o pensamento sobre direito líquido e certo recai.¹⁶³ No procedimento ordinário, a existência de um fato, ou a afirmação de um direito, podem ser alegadas pelo autor e refutadas pelo réu, sendo a eles viabilizados os meios de provas pertinentes, relevantes e lícitos, admitidos em direito. Todavia, na hipótese do mandado de segurança, se o impetrante conseguir provar no momento da propositura da demanda, por meio de prova documental, os fatos pertinentes às suas alegações, se estará diante de um direito líquido e certo e se abrirá a via de um procedimento mais estreito de tutela diferenciada.¹⁶⁴

Para fins de mandado de segurança, direito líquido e certo é sinônimo de prova documental pré-constituída do fato alegado pelo impetrante como violador do seu direito. É grande o entrelaçamento entre a prova e o direito líquido e certo. Nesse sentido, inclusive, há farta jurisprudência¹⁶⁵ até mesmo na Corte Suprema.¹⁶⁶ É verdade que a

¹⁶¹ O pensamento de Barbi pode ser aclarado pela análise da obra de Themístocles Cavalcanti, que assevera o seguinte: “o que não é simples, fácil de compreender é o fato, êste nem sempre é certo e incontestável. Quando o for, será caso de mandado de segurança. O juiz aplicará a lei ao fato e decidirá a controvérsia”. (CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do mandado de segurança*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. p.85).

¹⁶² PONTES DE MIRANDA. *Tratados das Ações*. São Paulo: RT, 1970. p. 56.

¹⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.318.

¹⁶⁴ Trataremos especificamente da tutela diferenciada no tópico “3.3” (*infra*). Na doutrina estrangeira, a referência acerca do tema é encontrada em PROTO PISANI. O italiano identificou três motivos para modificar o procedimento e reduzir o tempo de duração do processo: a redução do custo com um procedimento menos alongado; a necessidade de conferir efetividade à tutela jurisdicional diante de um bom direito; evitar que o réu abuse do seu direito de defesa e provoque uma perpetuação desnecessária do processo no tempo. (PISANI, Andrea Proto. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Caccuri, 1982. pp.322 e ss).

¹⁶⁵ “O processo da Lei no 1.533/51 (hoje Lei no 12.016/09) só é adequado à hipótese de fato certo (“direito líquido e certo”), não ensejando digressão instrutória. Líquido e certo, malgrado o texto legal, não é o direito, sim o fato sobre o qual se assenta a pretensão. Este, não aquele, é que deve ter prova pré- constituída para

proteção conferida pelo *mandamus* está centrada no direito individual violado ou ameaçado pela autoridade coatora. No entanto, se fosse possível cindir a expressão *direito líquido e certo*, deixando de lado a palavra direito, notaríamos com mais clareza que a *liquidez* e a *certeza* não dizem respeito ao direito propriamente dito, mas à *alegação de violação do direito pela ocorrência do ato supostamente coator* e à respectiva *comprovação do fato constitutivo do direito por prova documental pré-constituída*.¹⁶⁷ Assim, se faltar ao *mandamus* a alegação ou a prova, ou seja, direito líquido e certo, certamente será o plano processual o afetado e não o plano material.

Emerge, então, o segundo embate doutrinário acerca do direito líquido e certo: uma vez compreendido que a respectiva conceituação é inerente à seara processual, resta a dúvida sobre qual é a classificação do termo para tal ciência.

É comum que a doutrina encare o direito líquido e certo inserido nos elementos do trinômio – pressupostos processuais,¹⁶⁸ condições da ação¹⁶⁹ ou mérito –, mas entendemos

ensejar a impetração do mandado de segurança. A expressão da norma (“direito líquido e certo”) tem por objetivo obstar a digressão probatória no “*writ*”, tornar apta a pronta decisão, favorecer a celeridade que se coaduna com o remédio constitucional utilizado.” Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Mandado de Segurança n.º 0383087-29.2010.8.26.0000, Rel. Des. Gavião de Almeida, 6ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 17.3.2011.

¹⁶⁶ “Direito líquido e certo, que autoriza o ajuizamento do mandado de segurança, diz respeito aos *atos*. Se estes estão comprovados, de plano e possível o aforamento do “*writ*”. Segue-se, então, a fase de acerto da relação fático-jurídica, na qual o juiz faz incidir a norma objetiva sobre os fatos. Se, dessa incidência, entender o juiz nascido o direito subjetivo, deferir a segurança.” Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança n.º 21188 AgR / DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ o acórdão Min. Carlos Velloso, julgamento em 7.11.1990.

¹⁶⁷ Adotamos integralmente o entendimento de Leonardo Carneiro da Cunha, a saber: “Na verdade, o que se deve entender como líquido e certo é o fato, ou melhor, a afirmação de fato feita pela parte autora. Quando se diz que o mandado de segurança exige a comprovação de direito líquido e certo, está-se a reclamar que os fatos alegados pelo impetrante estejam, desde já, comprovados, devendo a petição inicial vir acompanhada dos documentos indispensáveis a essa comprovação. Daí a exigência de a prova, no mandado de segurança, ser pré-constituída.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p.485).

¹⁶⁸ “O direito líquido e certo no mandado de segurança diz respeito à desnecessidade de dilação probatória para elucidação dos fatos em que se fundamenta o pedido. Trata-se de pressuposto processual objetivo (adequação ao procedimento) que não subtrai do autor o direito à jurisdição sobre o litígio, mas apenas invalida a busca através da via do mandado de segurança”. (GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 44). No mesmo sentido: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹⁶⁹ “Direito líquido e certo, pois, é *condição da ação* e não corresponde à existência da ilegalidade ou do abuso de poder, mas apenas e tão somente, a uma especial forma de *demonstração* desses vícios que rendem ensejo ao ajuizamento do mandado de segurança. Corresponde, pois, à *adequação* que faz parte do *interesse de agir* na escolha deste *writ* como ação própria para os fins descritos na petição inicial. Trata-se, friso, de *condição da ação* do mandado de segurança, instituto de caráter nitidamente processual. À sua falta, segue decisão de *carência da ação*, facultada a repropositura da mesma ação (do mesmo mandado de segurança), desde que superados os óbices que levaram à sua extinção ou que a *mesma* pretensão (o *mesmo* conflito de interesses) seja levada ao Estado-juiz por *outro* veículo processual, quando a hipótese reclamar dilação probatória”. (BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 17-

o direito líquido e certo como condição da ação. Não produzida a prova documental pré-constituída que comprove a alegação do fato que constitui o direito invocado, o impetrante padecerá de carência de ação, por ausência do interesse de agir na modalidade adequação.

O procedimento do mandado de segurança, em regra¹⁷⁰, não admite dilação probatória. Se for impossível que o impetrante consiga comprovar o suposto ato coator, que avilta ou ameaça o seu afirmado direito subjetivo, mediante prova documental pré-constituída, fulminado estará o interesse de agir para o *writ* pela inadequação da via eleita. Nesse caso, ausente estará o direito líquido e certo, ausente também estará uma condição da ação, restando ao impetrante a via ordinária, na qual todos os meios de prova (lícitos e adequados) estarão ao seu dispor para a comprovação do alegado direito individual.

Desse modo, *a priori*, o direito líquido e certo é analisado como requisito prévio ao julgamento do mérito. Por sua vez, a prova pré-constituída (inerente ao direito líquido e certo) comprovará tão somente as alegações do impetrante *in statu assertionis*.¹⁷¹ Encerra-se nesse ponto o limite de preenchimento da condição da ação quanto ao interesse de agir na modalidade adequação. Contudo, se o pedido – alicerçado em alegações lastreadas em prova documental pré-constituída – faz, ou não, jus à tutela jurisdicional, a discussão é outra e não diz respeito à condição da ação direito líquido e certo, mas sim ao mérito.

Não é no direito líquido e certo que reside o mérito do mandado de segurança,¹⁷² mas sim na análise da legalidade da ação ou omissão do Estado e na necessidade de concessão da ordem do juiz para tutelar o direito violado, o que poderia inegavelmente ser pleiteado pela via ordinária. Por outro lado, se tal violação for afirmada em juízo (*ab initio*) e puder ser comprovada por prova documental pré-constituída, quanto melhor, pois o

18). Também entendem o mandado de segurança como condição da ação: BARBI, Celso Agrícola; SOUZA, Bernardo Pimentel (atualiz.). *Do mandado de segurança*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. PISTILI, Ana de Lourdes Coutinho Silva. *Mandado de Segurança e Coisa Julgada*. São Paulo: Atlas, 2006.

¹⁷⁰ Adiante será demonstrada uma exceção à regra da inviabilidade de dilação probatória em mandado de segurança: a arguição de incidente de falsidade documental.

¹⁷¹ “Para os assertistas, o juiz deve examinar a presença das condições da ação no direito afirmado pelo autor na petição inicial. Ou seja, o juiz deve verificar, *in statu assertionis*, se o pedido é possível, se a parte é legítima e se há interesse no processo”. (COSTA, Susana Henriques. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.43).

¹⁷² A seguinte jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vai ao encontro do que se afirma sobre o direito líquido e certo não constituir o mérito do *mandamus*: “De resto, a existência ou não de direito líquido e certo, enquanto pressuposto de cabimento do mandado de segurança, é requisito de ordem processual – atinente à prova indubitosa dos fatos onde se assenta a pretensão do impetrante – nada tendo a ver com o mérito da pretensão ajuizada.” RE 117936 / RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 20.11.1990.

impetrante reunirá uma das condições da ação para valer-se do *writ*: o direito líquido e certo. A prova documental pré-constituída e a afirmação de violação ou ameaça do direito individual são as chaves de entrada para a porta do *mandamus individual*. Havendo o preenchimento desse requisito formal, a sentença será de mérito, seja ela de procedência ou improcedência.¹⁷³

3.1.1 A prova documental pré-constituída

É de curial importância para o *mandamus* a compreensão sobre o que é “prova documental pré-constituída”. Para essa finalidade, iniciamos nossa exposição lembrando que a norma possui um suporte fático que, se demonstrado, enseja a sua incidência. As meras alegações das partes são inúteis para formação de um juízo de certeza do magistrado acerca da configuração do suporte fático da norma.¹⁷⁴ Nesse sentido, como parte da teoria da aplicação do direito, o juiz estará autorizado a impor um preceito normativo se estiver convencido das “*circunstancias que constituyen los presupuestos del precepto*”.¹⁷⁵ Para que as alegações sejam tidas como verdadeiras são necessárias *provas*. Estas se destinam a uma finalidade: o convencimento do juiz acerca da verdade, não a verdade absoluta, mas a verdade relativa, aquela passível de ser aferida no processo.¹⁷⁶

A pré-constituição da prova diz respeito ao momento da preparação.¹⁷⁷ Será pré-constituída a prova de formação cronológica anterior ao processo, tal como a prova

¹⁷³ “Na verdade, na minha compreensão, a sentença no mandado de segurança é concessiva ou denegatória, podendo enfrentar ou não o mérito do pedido. Se o impetrante não satisfaz os pressupostos processuais e as condições do direito de agir, a ordem não pode ser concedida, talqualmente será necessariamente denegado o *writ* se considerado meio inidôneo, ou se, apreciando o mérito, o juiz concluir que é baldio o alegado direito líquido e certo do impetrante. A diferença entre denegação porque inidôneo o *remedium juris* e a denegação porque, desafiado o mérito, entendeu o Juiz ser baldio o direito do impetrante está em que, no primeiro caso, a lei autoriza a renovação do pedido, o que é vedado no último, nos termos do art. 16 da Lei n. 1.533/51.” (DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do Mandado de Segurança*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. pp.133-134).

¹⁷⁴ AROCA, Juan Montero et al. *Derecho Jurisdiccional*. 10.ed. Valencia: Tirant lo Blach, 2001. Vol II. p.242.

¹⁷⁵ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Ernesto Krotoschin (trad.). Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956. p.11.

¹⁷⁶ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Leonardo Prieto Castro (trad.). Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor S.A., 1936. p. 256.

¹⁷⁷ “Pela sede de sua preparação, as provas são *preconstituídas*, como as provas emprestadas e os documentos em geral, que já foram formados e existem antes e fora do processo; ou *constituendas*, que são aquelas a serem formadas no curso do próprio processo (prova testemunhal, depoimento pessoal, perícias, inspeções judiciais).” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Vol. III. p.92).

emprestada e a documental.¹⁷⁸ A propósito desta última, “dentre os meios de prova, é seguramente a documental a que mais clara relação apresenta com a pré-constituição. Aliás, não raro os dois conceitos são postos como equivalentes.”¹⁷⁹

Conforme destacado, o valor da prova documental é crucial para o *mandamus*. É por essa razão que não é raro qualificar o mandado de segurança como “ação em procedimento documentado”.¹⁸⁰ A prova documental, no entanto, não pode ser confundida com a prova documentada.

Documento “é prova histórica real consistente na representação física de um fato. O elemento de convicção decorre, assim, na prova documental, da representação exterior e concreta do *factum probandum* em alguma coisa”.¹⁸¹ Para que haja segurança das partes, todas as provas devem ser documentadas, e constar dos autos, no intuito de que sua memória se perpetue no tempo.¹⁸² Isso permite uma análise posterior do julgador, o que viabilizará a formação de sua convicção. É o que ocorre, por exemplo, com as provas técnicas e com a prova oral. O laudo pericial, ou o termo do testemunho, conservarão as memórias da análise do perito e das impressões da testemunha (sobre o fato) sob a forma de documento.

Não é incomum o emprego de declarações de testemunhas ou laudos periciais para comprovar o direito líquido e certo ou para impugná-lo. Essas provas apresentam manifestações de terceiros sobre determinado fato. Documentam apenas as impressões que estes últimos têm sobre o fato testemunhado ou sobre o objeto de uma perícia. A prova testemunhal e pericial, portanto, chegam ao mandado de segurança como provas documentadas.

¹⁷⁸ Moacyr Amaral Santos, em sentido contrário a Dinamarco, entende que tão somente os instrumentos públicos são provas preconstituídas dos fatos – em virtude da solenidade que lhe é característica –, enquanto os documentos seriam provas eventuais dos fatos. (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. pp.76-77).

¹⁷⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 28.

¹⁸⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. Considerações reflexivas sobre o mandado de segurança coletivo como tutela diferenciada. In: CIANCI, Mirna et al (coord.). *Tema Atuais das Tutelas Diferenciadas: estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 345.

¹⁸¹ MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. Vol. II. p. 203.

¹⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Vol. III. pp. 94-95.

No entanto, tais provas não devem ser admitidas no procedimento do mandado de segurança por aviltarem a garantia do contraditório,¹⁸³ salvo se houver absoluta identidade de partes no *mandamus* e o processo que originou a prova documentada. Explica-se: ao se cogitar a admissão dessas provas no seio do processo, o impetrante ou a autoridade coatora não poderão impugnar a testemunha (ou suas declarações), tampouco o laudo do perito, tendo em vista que inexistente dilação probatória no *mandamus*. A prova documentada, nesses casos, teria o mesmo tratamento da prova emprestada.

Ao retomar o raciocínio específico sobre o momento de produção da prova, há situações em que o ordenamento jurídico prestigia a parte interessada, oferecendo-a o manejo da prova pré-constituída como forma de majorar as possibilidades de sucesso da demanda e, eventualmente, encurtar o tempo do processo. Desse modo, é atribuído verdadeiro ônus àquele a quem a tutela jurisdicional interessar¹⁸⁴ e, caso o encargo de pré-constituir a prova não possa ser observado, ou as chances de êxito diminuem drasticamente ou sequer o interessado poderá ter um pronunciamento jurisdicional sobre o mérito.

É essa a lógica aplicável ao mandado de segurança. Toda a prova do impetrante já deve estar produzida quando do momento da propositura da demanda, justamente em prestígio à celeridade do processo e ao êxito daquele que, supõe-se, tem em seu desfavor um ato aviltante a seu direito, praticado por autoridade estatal (ou, dependendo da circunstância, por pessoa a esta análoga).

Por essa razão é que se afirma que a prova no *mandamus* é pré-constituída – ainda que este termo não conste da lei –, pois o procedimento não admite dilação probatória (nem, portanto, provas “constituendas”). Até mesmo pela singeleza do procedimento em mandado de segurança, a única prova admissível é a documental “porque de todos os meios de prova esse é por natureza o de produção mais simples, (...) a parte apresenta uma petição ou requerimento oral propondo a prova, o juiz defere a juntada, o documento é levado aos autos e a prova documental já está realizada”.¹⁸⁵ Cumpre lembrar que o procedimento é intransigente quanto ao momento de apresentação da prova, tendo em vista

¹⁸³ Apenas no caso da parte contrária ter participado na formação da prova documentada é que se pode cogitar de admiti-la.

¹⁸⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 84.

¹⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Vol. III. p. 590.

que “a medida extrema tirada de mandado de segurança não admite a juntada posterior da prova documental que supostamente evidencia o direito líquido e certo”.¹⁸⁶

Por derradeiro, ainda no tocante à pré-constituição da prova, gostaríamos de escrever algumas poucas linhas sobre uma exceção à limitação da dilação probatória em mandado de segurança (seja este coletivo ou individual). A nosso ver, essa restrição na produção de outras provas deverá ser flexibilizada em apenas um caso: o incidente de falsidade documental, previsto no artigo 390 e seguintes do Código de Processo Civil.¹⁸⁷ Essa aparente incoerência do raciocínio aqui erigido – todo ele ancorado na celeridade e singeleza do procedimento – é justificada pelo seguinte: ao arguir a falsidade do documento, o caminho necessário do processo seria a sua remessa aos meios ordinários para que lá, viabilizada a dilação probatória, pudesse ser verificada a existência do vício. Disso decorreriam três preocupações, em verdade uma preocupação decomposta em duas: a) bastaria a mera alegação de falsidade documental pela parte para que a via do remédio heroico estivesse encerrada; a.1) pela perspectiva da autoridade coatora, a arguição de falsidade seria suficiente para que a ordem fosse denegada, sem apreciação do mérito, e, automaticamente, seria ela a vencedora do feito; a.2) pela perspectiva do impetrante, ao se defrontar com prova falsa acostada aos autos pela autoridade coatora, a porta para o *mandamus* seria fechada caso o incidente não fosse instaurado, o que levaria as partes às vias ordinárias, fato este que denotaria o benefício à autoridade coatora pela seu próprio (e possível) ato de má-fé. Diante das supracitadas hipóteses, o único prejudicado seria o impetrante.

Acreditamos que o “incidente de falsidade documental” deve ser instaurado, sem prejuízo do *mandamus*. Além de prestigiar a segurança jurídica, a instauração do incidente, no próprio mandado de segurança, permitirá que o procedimento não seja fadado ao fracasso, afinal, a remessa do feito às vias ordinárias seria um atestado de ineficiência de tão relevante remédio constitucional. Na hipótese do impetrante arguir a falsidade documental e esta não se verificar, será ele próprio o prejudicado pela perpetuação (desnecessária) de seu *writ* no tempo. Caso a autoridade coatora argua o procedimento vislumbrando obter a postergação do feito (mediante remessa às vias ordinárias), caberá ao

¹⁸⁶ Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Mandado de Segurança n.º 17.493 – DF (2011/0203039-0), Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 28.9.2011, Dje 4.10.2011.

¹⁸⁷ No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 322-323.

juiz, de ofício ou a requerimento da parte, sancionar o litigante mediante multa por má-fé, nos termos do artigo 18 do Código de Processo Civil,¹⁸⁸ mas, de forma alguma, deverá remeter as partes às vias ordinárias para que o documento que lastreou a inicial seja posto à prova.

3.2 O direito líquido e certo no mandado de segurança coletivo

As considerações sobre o direito líquido e certo no *mandamus* individual podem ser aproveitadas em sua totalidade para o *mandamus* coletivo. Desse modo também no mandado de segurança coletivo é o referido conceito sinônimo de prova documental pré-constituída do fato alegado pelo impetrante como violador do seu direito. Também aqui a liquidez e a certeza não dizem respeito ao direito propriamente dito, mas à comprovação do fato alegado e tido como coator (*supra*, n. 3.1). “Em outro falar: o direito deve ser certo quanto aos fatos, muito embora possa haver – e efetivamente haja – controvérsia de direito”.¹⁸⁹

A diferença é que o fato provado compõe o suporte fático de uma norma de direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. Estes, no entanto, são direitos propriamente ditos¹⁹⁰ e, conforme externamos, não dizem respeito à expressão “direito líquido e certo”. Correríamos grande risco de sermos incoerentes caso discutíssemos neste tópico sobre os direitos tutelados no mandado de segurança coletivo, vez que esses debates não remontam ao direito líquido e certo, porém ao direito material (vide capítulo 2).

¹⁸⁸ Admitimos que esta última solução não é a melhor, afinal, no polo passivo, como regra, estará o Estado, que paga (quando paga) por meio de precatórios. Desse modo, não será pelo aspecto pecuniário do art. 18 do CPC que o réu do mandado de segurança deixará de arguir o incidente de falsidade documental procrastinatório. Por outro lado, talvez, o caráter pedagógico da sanção poderá surtir algum efeito para evitar a reiteração de tão reprovável conduta.

¹⁸⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos difusos e coletivos*. São Paulo: RT, 1989. p. 31.

¹⁹⁰ Não afirmamos, com isso, que os direitos individuais homogêneos estão inseridos nas regras de direito material. Já afirmamos que os direitos individuais homogêneos são acidentalmente coletivos, tratados dessa maneira por política judiciária, a fim de prestigiar a economia processual e a segurança jurídica, evitando conflitos entre decisões. Portanto, a tutela desses direitos individuais é feita em escala macro por razões processuais.

3.2.1 A prova documental pré-constituída: provas complexas podem estreitar a incidência do *writ* coletivo

O ônus (subjetivo) de pré-constituir a prova também acompanha o impetrante coletivo, afinal, a incontrovérsia fática marca o *mandamus*. Sobre o tema da prova pré-constituída os pontos normalmente abordados são a (i) dificuldade ou a (ii) impossibilidade de sua formação em relação aos direitos difusos.

No que concerne à impossibilidade de produção de prova documental pré-constituída para os direitos difusos em razão de sua fluidez, a doutrina que defende esse posicionamento o utiliza para negar tutela a tais direitos transindividuais por intermédio do *writ*.¹⁹¹ No entanto, é perfeitamente possível que haja prova documental pré-constituída que respalde a impetração do *writ* da coletividade. Basta pensar no caso em que o Poder Público, mediante ato administrativo autorizativo, permite que seja alterada a fachada de determinado prédio tombado pelo patrimônio histórico e cultural, violando direito indivisível e de titularidade indeterminada (direito difuso ancorado, dentre outros dispositivos, no art.215, da CF/88).¹⁹² Para tanto, bastaria a prova documental do ato coator e do ato de tombamento para que o Ministério Público, por exemplo, buscasse no remédio heroico a cessação dos efeitos da daquele ato e, conseqüentemente, sua anulação.

Esse mesmo raciocínio poderia ser empregado na hipótese em que, à revelia do art. 39, da Lei 8.666/1993,¹⁹³ a Administração Pública não inicie com audiência pública um processo licitatório, estimado de R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais), para a construção e gestão de um centro de convenções. O direito à democratização do certame, garantido pela Lei de Licitações, é claramente difuso, posto ser indivisível e de titularidade

¹⁹¹ SILVA, Ovídio Baptista da. Mandado de Segurança – meio idôneo para defesa de interesses difusos?. *Revista de Processo*, ano 15, n. 60, pp.136-137, outubro-dezembro, 1990. BULOS, Uadi Lamêgo. *Mandado de segurança coletivo*. São Paulo: RT, 1996. p. 65.

¹⁹² Art. 215 da CF/88. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

¹⁹³ Art. 39, da Lei 8.666/1993: Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

de um número indeterminado de pessoas que, por razões religiosas, sociais, políticas, econômicas, ambientais, dentre outras, têm direito à oportunidade de serem ouvidas. Como prova documental, a cópia do edital seria suficiente para comprovar a não previsão da audiência pública em seu bojo.

Por sua vez, a relação entre a dificuldade da prova e o mandado de segurança é tema mais delicado.¹⁹⁴ O fato a ser provado pode afetar negativamente a tutela do direito coletivo em sentido amplo pela via do *mandamus*. A constatação de que tais direitos dizem respeito a terceiros, não participantes do feito, aumenta o rigor com a prova produzida nos autos pelo temor de prejudicar quem não participou efetivamente do contraditório. Ademais, a própria complexidade inerente aos direitos metaindividuais pode fazer com que a prova estritamente documental seja insuficiente para a demonstração do suporte fático sobre o qual repousa o direito afirmado, sendo, se este for o caso, preferível que o legitimado extraordinário ajuíze ação coletiva dotada de maior dilação probatória, o que não é (regra geral) possível do *mandamus*. Em outras palavras, o impetrante deve estar convicto de ter se desincumbido do seu ônus probatório quando da propositura do *writ*.

O que pretendemos destacar é que, muito embora o *mandamus* coletivo seja uma ferramenta poderosa para a tutela de direito coletivo em sentido amplo – força que em muito decorre da não incidência (sobre o *writ*) das lamentáveis restrições de matéria impostas à lei de ação civil pública pela Medida provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001 –, trata-se de procedimento muito específico, no qual o legitimado extraordinário deverá ser zeloso com a prova documental a ser carregada aos autos *ab initio*. Na hipótese de complexidade do fato a ser provado, se resultar em controvérsia a seu respeito, a via do *mandamus* estará fechada.

3.3 Mandado de segurança e tutela diferenciada

¹⁹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. O mandado de segurança coletivo na Lei 12.016/2009. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010. p.796.

A tutela diferenciada nasce do fracasso do procedimento ordinário em atender à solução adequada, eficaz e célere das diferentes crises de direito deduzidas em juízo.¹⁹⁵ Proto Pisani identifica os procedimentos de tutela diferenciada como aqueles que objetivam a alteração do iter procedimental para (i) melhor tutela do direito mediante redução do custo do processo, às partes e ao Estado, por intermédio de um procedimento menos alongado; (ii) a conferência de concretude à tutela jurisdicional diante de um bom direito; (iii) a rejeição da ideia de que o réu abuse do seu direito de defesa e provoque uma perpetuação desnecessária do processo no tempo.¹⁹⁶⁻¹⁹⁷ Verifica-se, então, que a tutela diferenciada enseja análise pelo viés da peculiaridade do direito material envolvido, como também pelo viés do *meio fixado para o atingimento do resultado da tutela jurisdicional*,¹⁹⁸ o que significa dizer que o termo “tutela diferenciada” não é unívoco na doutrina.¹⁹⁹ Desse modo, a percepção sobre o tema se apresenta de variadas formas.

Existem os que concebem a tutela diferenciada como aquela oriunda dos procedimentos especializados de cognição plena e exauriente, voltados à melhor atender às peculiaridades do direito material subjacente à demanda.²⁰⁰ Também existem os que entendem a tutela diferenciada como aquela que é limitada tão somente pela atividade

¹⁹⁵ Esclarece Ada Pellegrini Grinover que “observou-se que o modelo tradicional de procedimento ordinário é inadequado para assegurar a tutela jurisdicional efetiva a todas as situações de vantagem”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. In: *O processo: Estudos & Pareceres*. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009. p.102).

¹⁹⁶ PISANI, Andrea Proto. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Caccuri, 1982. p.322 e ss.

¹⁹⁷ Ainda no que diz respeito à doutrina estrangeira, Peyrano classifica a tutela diferenciada na Argentina da seguinte maneira: “*habrá tutela diferenciada cuando – excepcionalmente y a raíz de experimentar urgencias apremiantes el requirente del servicio de justicia o de las singularidades del derecho material cuya aplicación se reclama – se hubiera instrumentado un montaje procesal autónomo de cierta complejidad, portador de una pretensión principal y que cuenta con la dirección de un órgano jurisdiccional investido de facultades incrementadas e inusuales; estructura que deberá satisfacer, en la medida, de lo razonable, la garantía del debido proceso legal (que ampara tanto al requirente del servicio de justicia como al requerido y que deberá apartar, en varios aspectos, y, notoriamente, de las matrices clásicas)*”. (PEYRANO, Jorge W. Que és y que no es una tutela diferenciada en Argentina?. *Revista de Derecho Procesal 2008-2: tutelas procesales diferenciadas* 1. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 34, 2008).

¹⁹⁸ “Com efeito, quando a doutrina fala, por exemplo, de uma tutela jurisdicional diferenciada, não cogita apenas do resultado substancial a ser proporcionado ao titular de uma posição jurídica de vantagem, mas também dos meios predispostos à consecução desse resultado. Assim, embora nesse contexto o resultado se revista de peculiaridades e característica ditadas pelos meios ordenados a sua consecução, é também para esses últimos que se atribui o qualificativo diferenciado.” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006. p.27).

¹⁹⁹ PISANI, Andrea Proto. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Caccuri, 1982. p.216.

²⁰⁰ Nesse grupo estariam, por exemplo, os procedimentos especiais do Código de Processo Civil, tais como a Monitória (art. 1,102-A e ss.,do CPC), a Consignação em Pagamento (art. 890 e ss.do, CPC), a Prestação de Contas (art. 914 e ss., do CPC), dentre outros.

cognitiva, voltada para que o tempo²⁰¹ não corroa o resultado do processo.²⁰² Há também quem compreenda as tutelas diferenciadas como uma proteção outorgada pelo Estado, mediante a previsão normativa de procedimentos especializados, voltados à celeridade da prestação da tutela jurisdicional, como também à sua efetividade, tendo como pressuposto a imposição de limites à cognição.²⁰³

Seja por uma melhor adequação ao direito material tutelado, seja pelo recorte cognitivo sofrido pelo procedimento, está em debate a efetividade processual e o aquilatamento da prestação jurisdicional, objetivos do processo como instrumento a serviço do direito material.²⁰⁴ Por qualquer das perspectivas narradas, o mandado de segurança, tanto o individual quanto o coletivo, é procedimento de tutela diferenciada. São marcas dessa diferenciação da tutela: a tipicidade; a brevidade do iter procedimental; a preocupação com a efetividade e celeridade da prestação jurisdicional; a tutela de direitos individuais ou coletivos lesados/ameaçados por ato/omissão estatal; e a limitação da cognição à prova documental produzida. Esta última característica será analisada no tópico adiante.

3.4 Cognição no mandado de segurança

²⁰¹ Nesses grupos estariam inseridas as tutelas de urgência. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência* (tentativa de sistematização). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 26).

²⁰² Sobre a descrição dos dois posicionamentos: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência* (tentativa de sistematização). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. pp.25-27. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Considerações sobre a tutela diferenciada. In CIANCI, Mirna Ciani et al (coord.). *Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 647.

²⁰³ LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela Jurisdicional Diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.79.

²⁰⁴ “Presentes diferenciados objetivos a serem alcançados por uma prestação jurisdicional efetiva, não há por que se manter um tipo unitário desta ou dos instrumentos indispensáveis à sua corporificação. A vinculação do tipo de prestação à sua finalidade específica espelha a atendibilidade desta; a adequação do instrumento ao seu escopo potencia o seu tônus de efetividade.” (ARMELIN, Donaldo. *Tutela Jurisdicional diferenciada. Revista de Processo*, São Paulo, Vol. 65, p. 46, jan-mar. 1992). Sobre o processo como instrumento, é menção obrigatória: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Sobre os limites racionais e objetivos a essa instrumentalidade, vide: BRASIL JR., Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo. Extensão e limites do direito processual de resultados justos*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

Antes de abordarmos a cognição realizada no mandado de segurança, é preciso fazer uma breve digressão sobre o que se entende como cognição (em sentido amplo) e a forma como o fenômeno se manifesta na realidade processual.

A acepção mais frequentemente encontrada na doutrina (e a que adotaremos neste trabalho) sobre a cognição é trazida por Kazuo Watanabe.²⁰⁵ Pela visão do autor, percebe-se que a cognição é um ato multifacetado que exige um exercício intelectual do julgador e engloba um juízo avaliativo das alegações (de fato e de direito), assim como das provas, a fim de constituir a fundamentação da decisão que porá fim ao litígio.

A cognição se presta, portanto, a deslindar a controvérsia do processo, ou seja, visa a produzir resultados.²⁰⁶ Ela constitui verdadeira substância relativa à função desempenhada pelo juiz, pois é por seu intermédio que será realizada a adequação da matéria fática alegada às provas e ao direito pugnado.²⁰⁷

A fim de sistematizar e identificar qual a área em que o juiz se debruça para um exercício cognitivo, é corriqueira a menção a dois planos de análise: o vertical e o horizontal. Dois são os critérios mais utilizados para distinguir a cognição horizontal e vertical que se passa no processo civil: um deles é pautado na *área de cognição*, enquanto o outro está calcado na análise conjunta da *extensão* e da *profundidade*.

A voz de Chiovenda²⁰⁸ é corriqueiramente invocada para representar os que entendem que a *área de cognição* é o critério de definição da cognição horizontal e vertical. Para o autor, a cognição ordinária (plena e completa – *plano horizontal*) seria aquela exercida sobre todas as razões das partes, aí incluídas as condições para que o direito de ação seja existente, bem como as exceções levantadas pelo réu. Por outro lado, a cognição sumária (ou incompleta – *plano vertical*) se operaria nas hipóteses em que o juiz conhecer parcial ou não exaustivamente das razões das partes.

²⁰⁵ “A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são produzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo”. (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005. p. 67).

²⁰⁶ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005. p.84.

²⁰⁷ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005. p.73.

²⁰⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. J. Guimarães Menegale (trad.) 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. Vol 1. pp. 174-175.

A posição que adotaremos vislumbra na *extensão* e na *profundidade* o critério para definição dos planos vertical e horizontal, sendo capitaneada por Kazuo Watanabe.²⁰⁹ O plano horizontal diz respeito à cognição plena e a parcial, e o outro, o vertical, abrange a cognição sumária e exauriente.

Do ponto de vista horizontal, o juiz analisa dados objetivos relativos ao feito, como o “trinômio: questões processuais, condições da ação e mérito”.²¹⁰ Desse modo, o legislador pode limitar a extensão da cognição do juiz por meio da exclusão ou limitação de questões que poderiam ser a ele levadas, estabelecendo critérios objetivos peculiares seja pela (i) fixação do objeto litigioso ou (ii) pela fixação da matéria que poderá ser alegada em defesa.²¹¹

Enquanto na cognição plena não existem restrições às questões que podem ser levantadas – como ocorre, por exemplo, no procedimento ordinário – na cognição parcial o contraditório está limitado pelo legislador às matérias específicas por este determinadas, o que também repercute na abrangência da petição inicial do autor, na defesa do réu e na sentença do juiz. É como se, num universo ilimitado de alegações, o autor ou o réu pudessem alegar apenas as matérias “x”, “y” e “z” de forma a prestigiar a celeridade, ante um direito que gere pouca dúvida na mente do julgador. Dessa forma, a sentença do juiz, respaldada em cognição parcial, também, só apreciaria as matérias “x”, “y” e “z”.²¹² Em síntese, no plano horizontal, o legislador pode estabelecer particularidades quanto às condições da ação, pressupostos processuais ou o mérito.

No tocante à cognição no plano vertical, está em foco a intensidade e profundidade do conhecimento do magistrado acerca do objeto litigioso. A lei pode definir que o julgador apenas se contente com um juízo cognitivo de intensidade máxima – o da certeza –, circunstância em que será exercida cognição exauriente, passível de formar coisa

²⁰⁹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005. p.156. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.65. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 31.

²¹⁰ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005. p.127.

²¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2.ed. São Paulo: RT, 2011. p.65.

²¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 31.

julgada material.²¹³ Todavia, o legislador também pode prever que o magistrado conceda a tutela pleiteada com base em cognição menos intensa, pautada em juízo “de verossimilhança, de probabilidade, não de certeza”.²¹⁴ Nesse caso, a cognição será sumária.

A respeito desta última, importa tecer uma ressalva, tendo em vista que o termo “sumário” é polissêmico. Seu emprego é tanto utilizado para designar a abreviação do procedimento, ou seja, a diminuição e simplificação do iter procedimental, como também caracteriza a cognição no plano vertical. Não existe nenhuma impropriedade²¹⁵ na utilização do termo em ambos os casos, porém, aqui (neste tópico específico) será ele empregado neste último sentido (qualificando a cognição vertical).

Em seguida, é preciso analisar a *cognição plena e exauriente secundum eventum probationis*, a partir do pensamento de Ada Pellegrini Grinover.²¹⁶ Essa análise é de suma importância para o nosso estudo, visto que é essa a cognição havida em mandado de segurança coletivo e individual.

²¹³ Assim, a cognição exauriente parte de um juízo “‘de verdade e da certeza’”. Por isso mesmo, a tutela de cognição exauriente, ao contrário da tutela sumária, é caracterizada por produzir coisa julgada material”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 35). O próprio Marinoni, entretanto, mais adiante em sua obra, ressalta que é possível que haja cognição exauriente, mas não sem formação de coisa julgada, desde que haja tutela antecipada em razão da incontrovérsia do pedido (art. 273, parágrafo 6º do CPC). (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.76).

²¹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência* (tentativa de sistematização). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.p.123.

²¹⁵ “Não se afigura errôneo usar a palavra ‘sumarização’ a propósito de ambos esses gêneros de técnicas; para assinalar, no entanto, a diferença entre eles, diz-se que, no primeiro, se sumariza apenas o procedimento, ao passo que no segundo se sumariza a cognição. A distinção é relevante: visto que, lá, ficam preservadas todas as garantias fundamentais dos litigantes, notadamente com relação ao contraditório, o resultado do pleito merece receber coisa julgada material, enquanto aqui, por força das compressões impostas a tais garantias, é natural que se tenda a conservar aberta, em medida variável, ao interessado a possibilidade de demandar o reexame da matéria, e ao órgão judicial a de proceder a ele”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 91).

²¹⁶ Para a melhor compreensão do fenômeno, segue o pensamento de Ada Pellegrini Grinover sobre a cognição *secundum eventum probationis*: “Em algumas hipóteses, a extensão e profundidade da cognição são proporcionais ao material probatório existente: assim, se existe prova indubitosa do direito, a cognição será plena e exauriente; em caso negativo, será limitada à prova existente (*secundum eventum probationis*). No nosso ordenamento, exemplos dessa categoria são a ação popular, cuja improcedência por insuficiência de provas não impede a propositura de nova ação por qualquer cidadão (art. 18 da Lei 4.717/65), o mandado de segurança, cuja decisão denegatória não impede que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e respectivos efeitos patrimoniais (art. 19 da Lei n. 12.016/2009)” (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*: processo coletivo (arts.81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II. p.199).

A marca desse instituto é a condição peculiar para que haja cognição plena e exauriente: a suficiência ou não de prova. Na hipótese de a prova produzida ser insuficiente, duas consequências são possíveis: a) remessa das partes às vias ordinárias; b) impossibilidade da assunção da qualidade de imutabilidade pela decisão (ou seja, não fará coisa julgada material).²¹⁷

Como cediço, no cotidiano forense é comum a remessa das partes do *writ* às vias ordinárias. É natural que seja assim porque o *mandamus* (coletivo ou singular) não comporta controvérsia fática. Havendo dúvida em relação ao fato, não se opera, portanto a cognição plena e exauriente. Que seja esse fato controvertido submetido ao contraditório em processo que admita dilação probatória. Aliás, é à luz desse raciocínio que deve ser interpretado o verbete 304 da Súmula do STF, ao fixar que a “decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria”.

A segunda consequência que pode ocorrer em processos de cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis* é a não formação de coisa julgada material. De acordo com Kazuo Watanabe, a ação popular e as ações coletivas do Código de Defesa do Consumidor são exemplos desse fenômeno.²¹⁸ Entretanto, essa hipótese será pormenorizada no tópico sobre coisa julgada, tendo em vista que o *mandamus* coletivo é regido pelas mesmas regras e princípios das ações mencionadas pelo supracitado autor.

²¹⁷ “À conclusão de insuficiência de prova, a questão não é decidida (as partes são remetidas para ‘as vias ordinárias’ ou para ‘ação própria’), ou o objeto litigioso é decidido sem caráter de definitividade, não alcançando, bem por isso, a autoridade de coisa julgada material”. (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005. p. 137).

²¹⁸ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005. p. 137, Nota de rodapé n. 19.

CAPÍTULO 4 - LEGITIMIDADE, REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA E MANDADO DE SEGURANÇA

4.1 Notas introdutórias do capítulo

O mandado de segurança individual se sujeita à legitimidade ordinária. Regra geral, é o titular do direito ameaçado ou violado por autoridade coatora que terá legitimidade para pleiteá-lo em juízo. O mandado de segurança coletivo, como típica demanda coletiva, respeita outros critérios. O rigor no controle da legitimidade é medida que se impõe. Isso porque eventual legitimado será responsável por garantir a melhor defesa possível dos direitos de dada coletividade. Por essa razão, existem alguns filtros que afunilam a possibilidade do impetrante de ajuizar o *writ* coletivo.

O modelo de legitimidade *ope legis*, ou seja, determinado *a priori* pela lei, é a primeira peneira para se atribuir legitimidade a alguém. Trata-se, entretanto, de critério insuficiente e pouco confiável para verificação da qualidade e adequação da defesa em juízo dos interesses da coletividade. Não necessariamente aquele a quem a lei confere legitimidade extraordinária para a impetração do mandado de segurança coletivo será, de fato, o melhor guardião dos direitos do grupo, categoria ou classe. Desse modo, existe o temperamento da legitimação *ope legis* com um controle *ope judicis* – denominado “representatividade adequada” –, a fim de minimizar os riscos da má defesa dos interesses da coletividade em juízo.

Passaremos, então, a cuidar da representatividade adequada e da legitimidade ativa para o mandado de segurança coletivo.

Antes, porém, consignamos que não abordaremos a legitimidade passiva do mandado de segurança individual e coletivo neste trabalho, registrando, sem maiores digressões, nosso entendimento de que é a pessoa jurídica de direito público (ou de direito privado que lhe faça as vezes) a verdadeira parte legítima no *mandamus*.²¹⁹ O motivo para

²¹⁹ Nesse sentido: BARBI, Celso Agrícola; SOUZA, Bernardo Pimentel (atualiz.). *Do mandado de segurança*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.141. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. pp. 54-55. REDONDO, Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; CRAMER, Ronaldo. *Mandado de segurança: comentários à Lei 12.016/2009*. São Paulo: Método, 2009. pp. 95-96. YARSHELL, Flávio Luiz; RODRIGUES, Viviane Siqueira. Art. 14. In MAIA FILHO,

essa omissão é simples: mantermos a coerência com nosso intuito de apenas destacar os pontos em que o *writ* coletivo se destaca como demanda de natureza distinta daquela observada no *writ* individual. Embora seja esse um tema polêmico, repleto de variáveis,²²⁰ as mesmas discussões aplicáveis naquele se aplicam a este. Exceção relevante, talvez, consistiria na “ação coletiva derivada”,²²¹ quando da propositura de ação rescisória contra decisão havida em mandado de segurança coletivo ou quando da impetração de mandado de segurança contra ato judicial em que a coletividade, por meio do substituto processual, deva integrar o polo passivo da demanda, dentre outros exemplos. Entretanto, parece-nos tão óbvio que, nesses casos, o legitimado extraordinário ocupará tal espaço, que sequer será preciso um tópico específico para registrar essa nossa posição.

Passemos, então, a apreciar a representatividade adequada e a legitimidade ativa para o mandado de segurança.

Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org.). *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: RT, 2010. pp.190-191. FUX, Luiz. A *legitimatatio ad causam* no mandado de segurança. *Justiça & Cidadania*, Edição n. 165, p. 20, maio de 2014. FERRAZ, Sergio. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 89-90. DIDIER JR., Fredie. Natureza jurídica das informações da autoridade coatora no mandado de segurança. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança*: 51 anos. São Paulo: RT, 2002. pp. 369-370. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 50-59. Entendendo pela existência de litisconsórcio passivo necessário entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica: MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. pp. 65-69. BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do Mandado de Segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 58-63. Entendendo ser apenas a autoridade coatora aquela que ocupa o polo passivo: BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança individual*. São Paulo: Saraiva, 1989. pp. 176-178.

²²⁰ Essas variáveis são sinteticamente traduzidas por Luiz Fux: “há diferentes entendimentos sobre quem de fato é o legitimado passivo no *mandamus* sintetizados em quatro correntes, a saber: a primeira sustenta que a legitimidade passiva é da pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora uma vez que o agente ocupante do cargo público é o responsável pelo ato que submete a pessoa jurídica à condição de ré; a segunda corrente argumenta que o próprio agente coator seria o legitimado passivo; a terceira corrente, por sua vez, entende que há um litisconsórcio entre o agente coator e a pessoa jurídica a ele vinculada; e a quarta e última corrente sustenta que o agente coator é mero informador no processo”. (FUX, Luiz. A *legitimatatio ad causam* no mandado de segurança. *Justiça & Cidadania*, Edição n. 165, p. 20, maio de 2014). Importa também acrescentar a essas quatro correntes o pensamento de Botelho De Mesquita para quem o mandado de segurança é “um processo sem réu, *rectius*, sem parte passiva”. (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Teses, Estudos e pareceres de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2007. Vol. III. p. 80).

²²¹ “A ação coletiva derivada é aquela que decorre de um processo coletivo ‘ativo’ anterior e é proposta pelo réu desse processo, como a ação de rescisão da sentença coletiva e a ação cautelar incidental a um processo coletivo (mesmo que raro). A classificação é importante, pois nas ações coletivas passivas derivadas não haverá problema na identificação do ‘representante adequado’, que será aquele legitimado que propôs a ação coletiva de onde ela se originou”. (ZANETI JR, Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 179). Vide também: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*: processo coletivo (arts.81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II. p. 101).

4.2 Representatividade adequada

A representatividade adequada²²² é um critério oriundo das *class actions* norte-americanas – rule 23 (A)(4) –, por meio do qual aquele que deseja ser o representante da classe em juízo demonstra que reúne condições para fazê-lo (*fairly and adequately*).²²³ Nesse sentido, o representante adequado é o verdadeiro “*campeão do grupo*”:²²⁴ é aquele que reúne as melhores condições técnicas, pessoais, financeiras e jurídicas²²⁵ para que haja uma vigorosa persecução dos interesses do grupo (*vigorous prosecution*) em todo o transcorrer do processo. Vale lembrar que, no Direito Americano, a representatividade adequada é condição *sine qua non* para que a ação coletiva receba a *certification* (seja admitida como ação coletiva), ou seja, se no curso do processo o representante perde, por qualquer razão, o “vigor” da representação do grupo, a demanda será *de-certified*²²⁶ (perdendo, supervenientemente, o *status* prévio de certificação).

Os requisitos de avaliação do representante adequado são tão rígidos que, além do controle naturalmente exercido pelo juiz (*ope judicis*), os indivíduos (representados) podem impugnar²²⁷ a adequação do próprio representante, pois sabem dos graves efeitos deletérios – passíveis de eternização por força de coisa julgada – que decorrem de um processo coletivo mal conduzido.

²²² Sobre a representatividade adequada, Castro Mendes anota que “o requisito encontra-se lastreado no princípio constitucional do devido processo legal. Mas, no caso das *class actions*, possui importância fundamental, pois o processo coletivo ensejará a possibilidade de direitos e interesses individuais serem defendidos em juízo por outros titulares, sem que poderes específicos para tanto tenham sido, a priori, conferidos, voluntariamente, mediante o respectivo contrato de mandato ou outro tipo de autorização. Em decorrência, ficarão os interessados que não tenham participado do processo (*absent class members*) vinculados aos efeitos do pronunciamento judicial. Constitui-se, assim, hipótese de caráter excepcional”. (CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. *Ações Coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 78).

²²³ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007.

²²⁴ “Questo difensore della categoria, questo ‘campione’ del gruppo, dev’essere un buon campione, un buon paladino, sia esso un’associazione, sia esso un individuo che agisce non soltanto per sé, come attore o parte individualistica, ma come rappresentante di un collettività. È inevitabile quindi una selezione, sotto forma richiesta di determinati requisiti di legittimazione”. (CAPPELLETTI, Mauro. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi*. Padova: Cedam, 1976. p. 201).

²²⁵ Nesse sentido: GIANINI, Leandro J. La representatividad adecuada en las pretensiones colectivas. *Procesos colectivos*. ORTEIZA, Eduardo (org.). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006. p.180.

²²⁶ MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. 2.ed. São Paulo: RT, 2011. p.282.

²²⁷ MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. 2.ed. São Paulo: RT, 2011. p.282.

Insta frisar que, em razão da *Rule 23 (g)*, o critério da representatividade adequada também é extensível aos advogados da classe. Os padrões estabelecidos para que os advogados assumam uma ação coletiva incluem experiência em causas dessa natureza, expertise técnica, poder econômico e estrutura logística para suportar alguns ônus e, principalmente, ausência de interesses conflitantes entre o advogado e a classe representada.²²⁸

Esse é o requisito que faz com que os indivíduos pertencentes à classe, mas ausentes do processo, sofram as consequências da coisa julgada favorável ou desfavorável,²²⁹ se não exercerem o direito de auto exclusão (*opt out*). Isso porque se presume que eles estão sendo adequadamente representados junto à Corte. Desde que adotadas essas providências (aliadas a algumas outras, como a da *fair notice*), a coisa julgada se estende a terceiros, não sendo conjecturável ofensa ao princípio do *due process of law*.²³⁰ É a certificação da representatividade adequada – ou requisitos análogos a esse, a depender do ordenamento jurídico estudado – que justifica critérios como o do *opt in* e *opt out* para regular a abrangência subjetiva da coisa julgada.

O critério do *opt in*, adotado em países como Inglaterra e China, faz com que os membros do grupo, devidamente notificados, se sujeitem à coisa julgada favorável ou desfavorável, desde que manifestem sua vontade de inclusão no processo. Logo, “quem não manifestar sua vontade de inclusão no processo, não será abrangido pela coisa julgada, não podendo ser prejudicado ou beneficiado por ela”.²³¹ No entanto, o critério do *opt in* parece subverter o escopo da tutela coletiva de resolver problemas que se manifestam como conflitos de massa, uma vez que a notificação de todos os membros do grupo é

²²⁸ “In American jurisprudence, the concept of adequacy embraces two independent actors: the proposed class counsel, and separately, the proposed class plaintiffs. The court evaluates proposed class counsel for adequacy to represent the class, and if the court determines that a class is suitable for certification, the court must select and appoint the class counsel. (...) the standards include experience and expertise in litigating class actions; financial and logistical resources for prosecuting class action; and the absence of conflicts of interests with class members”. (MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. 2.ed. São Paulo: RT, 2011. p.282.).

²²⁹ Gidi pondera que “de acordo com o precedente estabelecido em *Hansberry v. Lee*, a decisão em uma ação coletiva fará coisa julgada somente em relação aos membros do grupo ausentes do processo que foram adequadamente representados em juízo”. (GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007. p.90).

²³⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2006. p.163.

²³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências em matéria de ações coletivas nos países de *civil law*. In *Revista de processo*, São Paulo, n. 157, p. 147, nov. 2008.

tormentosa e vários deles podem não se sentir encorajados a aderir ao pleito coletivo. Desse modo, a incidência coletiva dos efeitos da sentença perde em efetividade.

Ademais, diante de determinados conflitos, a adesão obrigatória do indivíduo ao pleito seria desestimulada e deixaria impune o ato lesivo. Basta pensar casos em que a lesão é ínfima, do ponto de vista individual, mas considerável no plano coletivo. Ilustra a afirmação anterior o exemplo de Direito do Consumidor em que o fornecedor, deliberadamente, retira 10g (dez gramas) de açúcar de cada embalagem vendida com esperados 5kg (cinco quilogramas) – nesse caso, o consumidor adquire pouco menos da quantidade que efetivamente pagou. Enquanto o fornecedor se beneficia consideravelmente no plano global, o indivíduo que adquire o produto é lesado, mas em pequena medida. Dificilmente alguma pessoa irá comparecer ao Poder Judiciário e reclamar 10g (dez gramas) de açúcar faltantes. Nesse caso – e em tantos outros um pouco menos pitorescos –, a adoção do critério do *opt in*, por vezes, fere o escopo da tutela coletiva e acaba por ferir amplo acesso à justiça.

O critério do *opt out*, observado em países como Estados Unidos, Canadá e Austrália, por sua vez, está pautado no sistema reverso de exclusão dos indivíduos do raio de alcance da decisão. O instituto “está baseado na exigência da representatividade adequada e na comunicação prévia aos interessados que, em geral, dentro de prazo fixado pelo órgão judicial, deverão requerer sua exclusão (*opt out*) em relação à eficácia dos provimentos proferidos”²³² sob pena de, não o fazendo, ficarem sujeitos aos efeitos dos provimentos jurisdicionais. A crítica mais forte a esse critério é a de que a coisa julgada prejudicará membros do grupo que efetivamente não participaram do feito.²³³ Estaria evidenciada uma clara ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

²³² CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. *Ações Coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012. p.187.

²³³ “Resta observar que a Regra 23, somente na hipótese contemplada pela alínea b(3) (p.ex.: ação de indenização), também assegura ao membro do grupo, então notificado do ajuizamento da ação, o direito de requerer não seja considerado integrante. Exerce, assim, o seu *right to opt out*, não se sujeitando à extensão da coisa julgada. A razão de limitar essa faculdade de autoexclusão apenas aos casos de ação de natureza condenatória é justificada pela própria finalidade do examinado instrumento processual. Não fosse assim, restaria frustrado o escopo precípua da *class action*, qual seja o de obter-se uma única decisão, válida para todos os membros integrantes de uma determinada classe”. (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2006. p.164).

O instituto da representatividade adequada, por outro lado, não é avesso a críticas e, por essa razão, não pode ser encarado como panaceia dos malogros da ação de coletiva brasileira. Nos EUA, a prática revela que quem inicia as ações de classe são os advogados. Estes atuam como verdadeiros empreendedores:²³⁴ identificam um caso de lesão a direitos e depois procuram por indivíduos (lesados) que se adequam aos requisitos da *Rule 23*. Os advogados definem os parâmetros e o perfil da classe “parte” (o alvo a ser encontrado), cientes de que, quanto maior ela é, maiores serão os honorários ao final. A não ser que o indivíduo, deliberadamente, opte por não participar da demanda coletiva (*opt out*),²³⁵ os efeitos da coisa julgada lhe abarcarão e isso refletirá nos honorários. No caso de derrota, os patronos suportarão os elevados gastos do processo.

Note-se que o interesse pessoal *dos advogados* na obtenção de honorários advocatícios perfaz um importante estímulo ao funcionamento do sistema americano, não o interesse altruístico pelo bem coletivo.

Em diversos casos, o modelo americano supervaloriza o papel do advogado e relega à coletividade o papel de coadjuvante.²³⁶ O valor dos honorários é desproporcionalmente maior que os prejuízos recuperados individualmente. Esta lógica faz com que o advogado prefira um julgamento rápido, por meio de *acordos*, mesmo se a agilidade implicar redução na recuperação geral.

Há possibilidade da *class action* trazer grande utilidade para o advogado e nenhum ou pouca para os membros da classe. Existem casos emblemáticos em que essa situação se verificou. No caso *Scott v. Blockbuster* (Jefferson County, Texas, 2001), que discutia punições pecuniárias impostas pela empresa locadora de vídeos aos clientes que atrasavam na devolução dos filmes, as partes lograram \$ 1,00 (um dólar americano), por meio de cupom, a ser utilizado noutra locação. Os advogados, por sua vez, fizeram jus a honorários fixados no patamar de \$ 9.250.000,00 (nove milhões duzentos e cinquenta mil dólares americanos). Já no caso *Hoffman v. Bank Boston* (Alabama State Court, 1994), o debate

²³⁴ FISCH, Jill E. Class Action reform, QUI TAM, and the role of the plaintiff. *Law and Contemporary Problems*, v. 60, n. 4, p. 173, 1997.

²³⁵ FISCH, Jill E. Class Action reform, QUI TAM, and the role of the plaintiff. *Law and Contemporary Problems*, v. 60, n. 4, p. 175, 1997.

²³⁶ SILVER, Charles; MILLER, Geoffrey P. The quasi-class action method of managing multidistrict litigations: problems and a proposal. *New York University Law and Economics Working Papers*. Paper 174, p. 3, 2009.

girava ao redor da demora do banco em tornar efetivos os depósitos em contas correntes. O benefício indenizatório médio percebido por um membro da classe foi de \$ 9,00 (nove dólares americanos), enquanto os patronos obtiveram honorários no montante \$ 8.000.000,00 (oito milhões de dólares americanos).²³⁷

O interesse individual dos advogados prevalece sobre o interesse coletivo e a sua aparente autonomia sobre o direito da classe é deveras questionável. No caso da ação de classe norte-americana, o interesse egoístico do advogado propulsiona o ajuizamento de ações coletivas e impede que lesões à coletividade permaneçam impunes – dado este que deve ser destacado pela boa instrumentalização do interesse individual em prol do interesse coletivo, o que, por si só, na hipótese de êxito, já é razão justificadora dos honorários. Todavia, há uma inversão do protagonismo. O interesse coletivo não é buscado em seu ponto ótimo. A parte em sentido substancial (a classe) é menos favorecida do que poderia, circunstância que não encaixa simetricamente na razão de ser de uma ação de classe.²³⁸

Essas constatações têm originado uma série de críticas²³⁹ ao modelo americano, o que, inclusive, propiciou um movimento de retomada²⁴⁰ do controle *class action* por parte dos membros da classe.²⁴¹

²³⁷ Os dois exemplos abordados no parágrafo foram retirados da obra: LEAL, Márcio Flávio Mafra. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – Aspectos Políticos, Econômicos e Jurídicos. In GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.p.68.

²³⁸ FISCH, Jill E. Class Action reform, QUI TAM, and the role of the plaintiff. *Law and Contemporary Problems*, v. 60, n. 4, p. 183, 1997.

²³⁹ FISCH, Jill E. Class Action reform, QUI TAM, and the role of the plaintiff. *Law and Contemporary Problems*, v. 60, n. 4, p. 176, 1997; SILVER, Charles; MILLER, Geoffrey P. The quasi-class action method of managing multidistrict litigations: problems and a proposal. *New York University Law and Economics Working Papers*. Paper 174, p. 3, 2009. LEAL, Márcio Flávio Mafra. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – Aspectos Políticos, Econômicos e Jurídicos. In GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro e WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.p.68.

²⁴⁰ FISCH, Jill E. Class Action reform, QUI TAM, and the role of the plaintiff. *Law and Contemporary Problems*, v. 60, n. 4, 1997..

²⁴¹ Pela perspectiva ética, JACK B. WEINSTEIN põe em xeque os interesses éticos que permeiam as ações de classe e formula as seguintes (e relevantes) perguntas: “*There are series of dark and arcane issues on the border of procedure and ethics that need to be addressed in the class action area. How are these mass tort cases to be financed? How are the lead lawyers to be selected? How paid? How is liaison with class members to be maintained? Who decides when and how to settle? The answers to date are far from satisfactory. Whether better answers are possible is not clear*”. (WEINSTEIN, Jack B. *Individual Justice in Mass Tort Litigation: the effect of class actions consolidations, and other multiparty devices*. Ilinoi: Northwestern University Press, 1995. p. 27).

Se o modelo americano tem suas vantagens e desvantagens – e aqui não estamos pregando a sua replicação no Direito pátrio –, o modelo brasileiro também as tem.

Antes de passarmos para o tópico seguinte, gostaríamos de consignar nossa crítica ao molde de representatividade adequada existente no Brasil. O direito brasileiro emprega, ainda que *timidamente*, a representatividade adequada para a ação coletiva pátria,²⁴² especialmente nos casos de dispensa da pré-constituição de pelo menos um ano das associações²⁴³ e nos casos em que é perseguida a “pertinência temática”.²⁴⁴ A nosso ver, contudo, o instituto poderia ser mais vigoroso e abrangente, devendo ser observado em qualquer demanda coletiva e para qualquer direito coletivo, do início ao fim do processo, sujeitando todos os legitimados, sejam entes públicos (ex. União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Ministério Público e Defensoria Pública) ou entes privados, ao controle judicial de representatividade adequada.

Conforme visto, a representatividade adequada é um critério que se submete a um rigoroso controle por parte do magistrado e até mesmo dos próprios representados, o que, também de acordo com o acima exposto, sequer é garantia de sucesso da ação coletiva para os membros da classe. Não é apenas o representante do grupo que é submetido ao crivo de uma avaliação de sua capacidade de capitaneá-lo, mas também os advogados. Tamanho é o rigor de tal requisito, que o instituto tem o condão de legitimar, por exemplo, os critérios do *opt in* e do *opt out*, pois parte-se da presunção de que os substituídos serão plenamente informados acerca do processo e terão amparo técnico e financeiro ideais para a defesa de seus interesses em juízo – em resumo, haverá o exercício de um contraditório efetivo e ampla defesa dos interesses dos substituídos.

²⁴² “A representatividade adequada pode ser aferida pelo juiz, caso a caso (como nas *class actions* norte-americanas), ou pode depender de previsão legal, que estabeleça limites à regra de legitimação. Assim, por exemplo, as associações só podem agir em juízo desde que preencham certos requisitos legais, ou se estabelece um critério de relevância social até mesmo para a legitimação dos órgãos públicos)”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. In: GRINOVER, Ada; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda.. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p.235). No mesmo sentido: COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). *As grandes transformações do processo brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2001. p. 974. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp.326-327.

²⁴³ Art. 5º, inc. V, alínea “a” da Lei de Ação Civil Pública e art.82, inc.V do Código de Defesa do Consumidor.

²⁴⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.326.

A nosso ver, limitar a representatividade adequada à dispensa do requisito da pré-constituição de um ano das associações,²⁴⁵ ou à pertinência temática, significa uma pequena amostra de um instituto de enorme abrangência no direito norte-americano.²⁴⁶ A representatividade adequada brasileira está alicerçada em uma pequena ingerência *ope judicis*, autorizada pelo ordenamento jurídico, no controle da representação dos legitimados. Supera-se um requisito formal em face de peculiaridades do caso concreto, sem que se estabeleça uma normativa geral de controle de representatividade adequada. Nada mais que isso. É preciso, desse modo, robustecer o instituto, permitindo que o juiz inviabilize a propositura ou a continuação de uma demanda coletiva sem que os interesses do grupo estejam efetivamente bem defendidos.

Nesse sentido, acreditamos ser inadequado afirmar que os legitimados *ope legis* para as ações coletivas são representantes adequados sem que haja efetiva aferição dessa representatividade. O legislador brasileiro elegeu, *a priori*, quais seriam os legitimados para as ações coletivas, o que não significa que serão representantes adequados. Nada garante que os órgãos legitimados tenham a expertise técnica, o lastro econômico e até mesmo o conhecimento jurídico para a adequada defesa, em juízo, dos interesses da coletividade. Aliás, as mazelas da legitimação *ope legis*, sem a devida aplicação da representatividade adequada, são evidentes no meio forense. Não são desconhecidas demandas ajuizadas por associações que, embora preencham formalmente os requisitos legais, perseguem, em verdade, interesses exclusivos de seus fundadores e diretores sob a roupagem camuflada de legitimados coletivos. Também é relativamente comum, diante de ações civis públicas que se arrastam por anos, que os membros do Ministério Público – que são inegavelmente os principais promovedores de ações coletivas no país – sejam promovidos/removidos, sendo substituídos por outros que, por vezes, sequer estão familiarizados com a matéria tratada no processo. Somam-se a isso os severos problemas

²⁴⁵ Também entendemos que não se trata de controle de representatividade adequada o critério da relevância social, empregado pela jurisprudência, para balizar a propositura, pelo Ministério Público, de demandas para a defesa de direitos individuais homogêneos *disponíveis*. Apesar da Constituição de 1988 prever, em seu art. 127, que a defesa dos interesses individuais promovidos pelo MP será restrita aos direitos *indisponíveis*, o próprio dispositivo prevê que o órgão deve atuar na defesa dos *interesses sociais*. Logo, o magistrado, deparando-se com uma demanda promovida pelo MP, alicerçada em direitos individuais homogêneos *disponíveis*, terá na relevância social um simples controle de legitimidade que, a nosso ver, não se traduz no robusto controle de representatividade adequada previsto e exercido nos EUA.

²⁴⁶ Flávia Hellmeister Clito Fornaciari também entende que essa é apenas uma das faces do fenômeno da representatividade adequada, que, por sua vez, tem potencial mais abrangente, pouco explorado pelo legislador brasileiro. (FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada nos processos coletivos*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. pp. 47-54).

que envolvem o custeio da prova nas demandas coletivas, além de outros entraves que inexistem no Direito norte-americano pela plena capacidade do representante adequado para estar em juízo.

Por essa razão, sem desconsiderar a doutrina que afirma que a legitimação para as demandas coletivas brasileira é exclusivamente *ope legis*,²⁴⁷ pensamos que também existe controle *ope judicis* pelo emprego, ainda tímido, do critério da representatividade adequada. Entretanto, é preciso ampliá-lo. Nada assegura que o legitimado *ope legis* será um representante adequado. Negamos, aqui, a presunção de representatividade adequada pelos legitimados, pois esse requisito deve ser aferido *in concreto*.²⁴⁸ O ideal, a nosso ver, seria o temperamento da nossa legitimação *ope legis* com um instituto da representatividade adequada mais forte, aferido a todo o momento no processo, que contemplasse aspectos econômicos, técnicos, jurídicos, dentre outros de relevância singular para dada coletividade de indivíduos determinados ou indeterminados. Aliás, parece que o legislador, desconfiando da qualidade da representação dos legitimados ativos da ação coletiva, escolheu a coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum litis vel probationis* como “regra de compensação”, pois, dessa forma, os terceiros não seriam prejudicados pela má condução dos seus interesses.²⁴⁹

No entanto, essa verdadeira válvula de escape permitida pela coisa julgada não lida “com os casos em que o problema da demanda decorra da má redação da peça inicial ou da falta de uma argumentação sólida e coerente”²⁵⁰ ou com casos da prova mal formada,²⁵¹ situações em que a falta do controle judicial da representatividade adequada pode gerar consequências irreversíveis.

²⁴⁷ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. p.201.

²⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas questões sobre a legitimação e coisa julgada nas ações coletivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; VIGORITI, Vincenzo (org.). *Processo coletivo*. São Paulo: RT, 2014. p.476.

²⁴⁹ COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). *As grandes transformações do processo brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2001. pp. 974, 976.

²⁵⁰ COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). *As grandes transformações do processo brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2001. p.975.

²⁵¹ Prova mal formada é coisa diversa da falta de prova, situação contemplada na coisa julgada *secundum eventum probationis*.

Tampouco é possível desconsiderar que a jurisprudência tem protagonizado gradativa evolução do tratamento da representatividade adequada, como ocorreu no Recurso Especial n. 1192577, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão. Sem adentrar em juízo de valor sobre eventual erro ou acerto da decisão, o que aqui é relevante é que o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a Defensoria Pública não poderia representar adequadamente os beneficiários de planos de saúde, tendo em vista que estes, em tese, por terem condições financeiras de arcar com o serviço, não se enquadravam na qualidade de “necessitados” na forma do art. 134 da CF/88.²⁵² Ao constatar a ausência da representatividade adequada, houve a autorização para que outro legitimado assumisse o posto da Defensoria Pública, o que não implicou prejuízo à coletividade.

Em outro caso, que também se passou no Superior Tribunal de Justiça, a averiguação da representatividade adequada se deu durante todo o iter procedimental. Quando do julgamento do recurso especial, a Corte entendeu que a alteração das atribuições da Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, ocorrida após a propositura da demanda, deveria ser considerada como fato novo (art. 462 do CPC).²⁵³ Desse modo, já em sede de recurso voltado para a Corte Superior, foi atestada supervenientemente a representatividade adequada do legitimado pela alteração do seu regimento interno. Ora, essa apreciação permanente da apropriada defesa dos direitos

²⁵² “Na hipótese, no tocante à legitimidade ativa da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública, não bastou um mero exame taxativo da lei, havendo sim um controle judicial sobre a representatividade adequada da legitimação coletiva. Com efeito, para chegar à conclusão da existência ou não de pertinência temática entre o direito material em litígio e as atribuições constitucionais da parte autora acabou-se adentrando no terreno do mérito. [...]Ocorre que, ao optar por contratar plano particular de saúde, parece intuitivo que não se está diante de consumidor que possa ser considerado necessitado a ponto de ser patrocinado, de forma coletiva, pela Defensoria Pública. Ao revés, trata-se de grupo que ao demonstrar capacidade para arcar com assistência de saúde privada evidencia ter condições de suportar as despesas inerentes aos serviços jurídicos de que necessita, sem prejuízo de sua subsistência, não havendo falar em necessitado. [...]Diante do microssistema processual das ações coletivas, em interpretação sistemática de seus dispositivos (art. 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/1985 e art. 9º da Lei n. 4.717/1965), deve ser dado aproveitamento ao processo coletivo, com a substituição (sucessão) da parte tida por ilegítima para a condução da demanda. Precedentes.” STJ, REsp 1192577 / RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 15.8.2014.

²⁵³ “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DO CONSUMIDOR. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO POR ILEGITIMIDADE ATIVA. ART. 82, III, DO CDC. ÓRGÃO TÉCNICO VINCULADO AO PODER LEGISLATIVO. AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. FATO NOVO SUPERVENIENTE. INCLUSÃO, NO REGIMENTO INTERNO, DE PERMISSÃO PARA ATUAÇÃO NA DEFESA DOS DIREITOS E INTERESSES DOS CONSUMIDORES. FATO NOVO SUPERVENIENTE. APLICAÇÃO DO ART. 462 DO CPC. [...]A noticiada alteração do regimento interno da recorrente, efetuada com o intuito de permitir-lhe a representação, a título coletivo, dos interesses e direitos previstos pelo art. 81 do CDC, faz surgir a necessidade de aplicação do art. 462 do CPC, segundo o qual a decisão deve refletir o estado de fato existente no momento do julgamento. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.” STJ, REsp 1002813 / RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 17.6.2011.

da coletividade – mesmo que meramente formal, como no caso em apreço – já representa avanços quanto ao emprego da representatividade adequada.

A maturidade do instituto cresce paulatinamente, mas ainda está distante daquilo que entendemos ideal, a ponto de o controle jurisdicional interferir, inclusive sobre os aspetos qualitativos da defesa (escrita da peça, qualidade das provas, dentre outros).

Feita toda essa digressão, temos que ao mandado de segurança coletivo se aplica o controle de representatividade adequada nos moldes tímidos (acima descritos) que são empregados em quaisquer outras demandas coletivas, o que já fora referendado e observado na jurisprudência.²⁵⁴ No entanto, de *lege ferenda*, como reforçamos, o ideal seria a combinação do controle *ope legis* com um contínuo, reforçado e amplificado controle *ope judicis* de representatividade adequada.²⁵⁵

Por derradeiro, é bom frisar que a representatividade adequada é critério de ordem formal, aferido *in concreto* pelo juiz do início ao fim do processo e sem o qual o enfrentamento do mérito estará desautorizado.²⁵⁶ Seu enquadramento jurídico ainda gera dissensos na doutrina, mas, em nossa avaliação, constitui o instituto verdadeiro adendo à

²⁵⁴ Aliás, o controle da representatividade adequada em mandado de segurança coletivo já é há muito realizado pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que de maneira intuitiva. A Corte já negou legitimidade a associação de magistrados em *mandamus* coletivo impetrado para pleitear direito difuso. O exercício do controle judicial sobre a representatividade adequada fica claro no seguinte trecho da ementa: “A qualidade para agir, no caso, só pertine a tais órgãos estatais, os quais, por seus Presidentes ou Procuradores-Gerais, estarão legitimados para postular, em juízo, a defesa daquela especial prerrogativa de índole constitucional, não sendo lícito a uma simples entidade de classe, atuando substitutivamente, deduzir, em nome próprio, pretensão jurídica que nem a ela e nem a seus associados pertence. - O mandado de segurança coletivo - que constitui, ao lado do “*writ*” individual, mera espécie da ação mandamental instituída pela Constituição de 1934 - destina-se, em sua precípua função jurídico-processual, a viabilizar a tutela jurisdicional de direito líquido e certo não amparável pelos remédios constitucionais do “*habeas corpus*” e do “*habeas data*”. Simples interesses, que não configurem direitos, não legitimam a válida utilização do mandado de segurança coletivo.” STF, MS 21291 AgR-QO / DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgado em 12.4.1991.

²⁵⁵ Em sentido semelhante: COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). *As grandes transformações do processo brasileiro*: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2001. p. 976.

²⁵⁶ Para Cassio Scarpinella, a representatividade adequada compõe questão prejudicial, a ser solucionada antes do enfrentamento do mérito. Segundo o autor, no Direito norte-americano “a questão da representatividade adequada, destarte, passa a ser questão prejudicial para o recebimento e o processamento de uma *class action* como tal (cf. Item 2.3, infra), e, também, questão preliminar para a procedibilidade daquelas ações propostas por quem não litigou diretamente, a ser dirimida em casos futuros.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *A class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta”. *Revista de Processo*, n. 82, p. 102, abr-jun, 1996).

legitimidade, ainda que com esta ele não se confunda.²⁵⁷ Sua função, contudo, é evidente: legitimar (e aqui não se refere à legitimidade enquanto condição da ação) o devido processo legal coletivo.²⁵⁸ As características da representatividade adequada são amórficas – variam desde a não observância da congruência estatutária das associações até a qualidade técnica das peças e respeito aos prazos legais –, o que diferencia o instituto da legitimidade pelos limites nesta existentes para sua configuração.²⁵⁹ Embora distintos, a “legitimidade” e (seu complemento) a “representatividade adequada” deverão ser analisados em conjunto, sendo que “em caso de inadequação da ‘representatividade’, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito, por falta de uma condição da ação coletiva, integrante da legitimação”.²⁶⁰

4.3 Legitimidade de parte

A legitimidade *ad causam* é condição da ação e pressupõe a qualidade jurídica de parte.²⁶¹ Logo, até chegarmos ao ponto de discutir a legitimidade para a impetração do mandado de segurança individual e coletivo, é antecedente lógico expressarmos o que

²⁵⁷ Adotamos a posição de Ada Pellegrini Grinover, no sentido de que a representatividade adequada constitui um “plus” à legitimidade, mas com esta não se confunde. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas questões sobre a legitimação e coisa julgada nas ações coletivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; VIGORITI, Vincenzo (org.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: RT, 2014. pp.475-486). No mesmo sentido: FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada nos processos coletivos*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. pp. 49-50.

²⁵⁸ “É preciso ter em mente que a representatividade adequada, em matéria de interesses coletivos, é um conceito teleologicamente ligado à garantia do devido processo legal. Na solução do problema da legitimidade para a tutela coletiva de direito, assim, todo sistema jurídico terá de equacionar a questão de como garantir que os membros da coletividade sejam devidamente ouvidos e defendidos, sob pena de se estatuir um instrumento processual ilegítimo e inconstitucional”. (COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). *As grandes transformações do processo brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2001. p. 957). No mesmo sentido: LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 165.

²⁵⁹ CABIEDES, Pablo Gutiérrez de. Comentario al art. 2º. In GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos: um diálogo Ibero-Americano*. Salvador: JusPodvim, 2009. p. 57.

²⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas questões sobre a legitimação e coisa julgada nas ações coletivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; VIGORITI, Vincenzo (org.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: RT, 2014. p. 486.

²⁶¹ “A legitimidade para agir, como condição de exercício regular da ação, é uma qualidade jurídica que se agrega à parte, habilitando-a a ver resolvida no mérito a lide sub judice. Essa qualidade emerge de uma situação jurídica processual oriunda, obviamente, de um processo existente, ou seja, a situação de parte nesse processo.” (ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979. p.80).

entendemos por parte. Prosseguiremos com os conceitos de parte legítima, legitimidade ordinária, extraordinária e autônoma, até chegarmos, enfim, ao mandado de segurança.

4.3.1 Conceito de parte e parte capaz

Definir quem é parte e quem é terceiro é de suma importância para a resolução de alguns problemas práticos em processo civil, tais como quem estará vinculado à coisa julgada,²⁶² identificar se há litispendência, verificar se é possível a dado sujeito testemunhar em juízo, aferir se o juiz deve se declarar suspeito em relação a algum sujeito, ponderar se é possível a intervenção de terceiros, entre outros vários exemplos.²⁶³ Dentre tantos conceitos de parte existentes,²⁶⁴ há dois muito difundidos na doutrina pátria. O primeiro desses conceitos, cunhado por Chiovenda, assevera que “*parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade concreta da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada*”.²⁶⁵ O segundo conceito de ampla aceitação é da lavra de Liebman, para quem partes são “os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz”.²⁶⁶

Nota-se que Liebman adota um conceito estritamente processual de parte, enquanto Chiovenda, a seu turno, prestigia a lei material para a formação de seu entendimento. Vale

²⁶² Importa rememorar que, segundo o nosso ordenamento processual, a vinculação à coisa julgada está adstrita apenas às partes, por força do CPC, art. 472 que assim versa: “Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.”

²⁶³ Essa construção foi toda inspirada em CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1980. pp. 578-579.

²⁶⁴ Destacamos alguns desses conceitos: “*Partes son los sujetos de la litis o del negocio. Como tales, las partes están sujetas al proceso, no son sujeto del proceso, en el sentido de que sufren sus efectos, pero no le prestan su obra. Esta es la noción pasiva de las partes*”. Sobre parte material e formal, CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Santiago Sentis Melengo (trad.). Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa America. Vol. I. p.175: “*Las partes son los sujetos de los derechos y de las cargas procesales. En todo proceso civil han de intervenir dos; no se concibe una demanda contra sí mismo, ni siquiera en calidad de representante de otra persona (1). Se llama actor al que solicita la tutela jurídica ('is qui rem in iudicium deducitur'), y demandado aquel contra quien se pide esta tutela ('is contra quem res in iudicium deducitur'). No es preciso que las partes sean necesariamente los sujetos del derecho o de la obligación controvertidos (es decir, de la “res in iudicium deducta”) (2). (...) El concepto de parte es, por consiguiente, de carácter formal*”. (GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Leonardo Prieto Castro (trad.). Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor S.A., 1936. p.191). Sobre as diversas facetas do conceito não unitário de parte: Cf. GARBAGNATI, Edoardo. *La sostituzione processuale nel nuovo Codice di Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1942. pp. 243-275.

²⁶⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. J. Guimarães Menegale (trad.) 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. Vol II. pp. 233-235, n. 214.

²⁶⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. Vol I. p.123.

ressaltar que, em ambos os casos, os autores empregam o critério de exclusão para identificar quem é terceiro. Em outras palavras, terceiro é aquele que não é parte.

Para fins deste trabalho, adotaremos o conceito de parte de Liebman. De acordo com Cândido Rangel Dinamarco,²⁶⁷ posição que tem nossa concordância, o conceito de Liebman favorece a distinção entre parte e terceiro por não adentrar à minúcia do direito material. Também é essa a definição que prestigia o contraditório, sem se ligar em demasia ao objeto litigioso do processo. Além do mais, o contraditório, previsto no art. 5º, inc. LV, da CF/88, é garantia das mais caras e que tem em sua oportunização a condição *sine qua non* para a formação da coisa julgada. Atrelar o contraditório à noção de parte dá mais sentido à eventual imutabilidade.

Parte, entretanto, é conceito distinto de parte capaz. A parte capaz, a seu turno, é aquela "que tem capacidade para estar em juízo (*ad processum*), ou seja, um dos pressupostos processuais subjetivos".²⁶⁸ Trata-se do instituto da capacidade – relacionada à prática de atos no mundo jurídico – aplicada ao processo civil. A doutrina mais antiga, no entanto, refere-se ao fenômeno impropriamente como *letitimatío ad processum*. No entanto, como se denota, esta última, também denominada de capacidade processual, em nada se confunde com a legitimidade de parte (*legitimatío ad causam*). A *legitimatío ad processum* reside na esfera da capacidade e é pressuposto processual de validade atinente às partes do processo.²⁶⁹ A legitimidade de parte, por sua vez, será descrita no tópico subsequente.

4.3.2 Parte legítima: legitimidade ordinária, extraordinária e autônoma

A qualidade de parte não confere ao sujeito processual a legitimidade *ad causam*. Prossequindo no raciocínio, “parte legítima é aquela que tem direito a uma decisão sobre o mérito da causa”.²⁷⁰ Em regra, o ordenamento confere ao titular do direito material a legitimidade de ir a juízo e pleitear tal direito em nome próprio, o que fica bem claro

²⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 17.

²⁶⁸ OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. *Substituição processual*. São Paulo: RT, 1971. p.169.

²⁶⁹ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979. pp. 110-111.

²⁷⁰ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. Vol II. p.165.

quando da análise do art. 6º do Código de Processo Civil, que prescreve que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. É a hipótese de legitimidade ordinária.²⁷¹ Nessa espécie de legitimidade, as partes do processo são idênticas aos titulares da relação jurídica de direito substancial subjacente à demanda. Trata-se da regra geral. É o que ocorre, por exemplo, com o mandado de segurança individual. O art. 1º da Lei 12.016/2009, concede o direito de impetrá-lo a qualquer pessoa física ou jurídica que sofrer violação ou que receie sofrê-la por parte de autoridade coatora. A norma conferiu ao lesado (ou àquele que tema a lesão), e não a terceiros, a possibilidade de impetrar o *writ* em nome próprio para a defesa de direito próprio, o que configura típico caso de legitimidade ordinária.²⁷²

Essa regra geral é quebrada pela figura excepcional, necessariamente ancorada em lei, da legitimidade extraordinária. Este é o instituto viabilizador da ida a juízo de pessoa que, em nome próprio, pleiteia direito alheio, ou seja, a situação legitimante não coincide com a esfera jurídica do legitimado.²⁷³ Trata-se, então, de verdadeiro legitimado extraordinário (legitimação *ad causam*)²⁷⁴ para a defesa em juízo de direito de outrem,²⁷⁵ sendo o substituto, portanto, considerado *parte* na relação jurídica processual (ex. alienação do objeto litigioso – CPC, art. 42, *caput*).²⁷⁶ Aliás, legitimação extraordinária e substituição processual são muitas vezes tratados como sinônimos.²⁷⁷ Não se pode olvidar de registrar, entretanto, que a substituição processual propriamente dita ocorreria apenas

²⁷¹ “Na legitimidade ordinária coincidem a figura das partes com os pólos da relação jurídica, material ou processual, real ou apenas afirmada, retratada no pedido inicial. Em consequência, os efeitos da decisão judicial operam-se diretamente no patrimônio das partes, sem qualquer distinção entre os efeitos processuais e materiais.” (ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979. p. 117).

²⁷² Isso não quer dizer que o *writ* individual não conhece a legitimidade extraordinária. O art. 3º da Lei 12.016/2009 concede a um substituto processual a possibilidade de pleitear, em nome próprio, direito de outrem, desde que este, legitimado ordinário, titular do direito, permaneça inerte.

²⁷³ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. I: arts. 1 a 153*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 72.

²⁷⁴ OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. *Substituição processual*. São Paulo: RT, 1971. p.130, n. 62.

²⁷⁵ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. Vol II. p.227.

²⁷⁶ “Art. 42. A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes.”

²⁷⁷ Não desconhecemos, de outra sorte, os autores que defendem a relação gênero (legitimidade extraordinária) e espécie (substituição processual) entre os institutos, podendo destacar alguns, tais como: BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 42. ARRUDA ALVIM. *Tratado de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1996. Vol I. p. 56. CAMPOS JR., Ephraim de. *Substituição Processual*. São Paulo: RT, 1985. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 18.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Vol I. p.118.

nos casos em que o legitimado extraordinário efetivamente substitui o legitimado ordinário (legitimidade extraordinária autônoma e concorrente).²⁷⁸

Como ensina Chiovenda, também não se pode confundir substituição processual com o instituto da representação.²⁷⁹ Nesta, o representante age em nome alheio para a tutela do direito alheio, enquanto naquela o substituto age em seu próprio nome, ainda que para a tutela de direito de outrem. Na representação processual, a parte é o representado.²⁸⁰ A seu turno, na substituição processual a parte é o próprio substituto.

Importa consignar que o próprio mandado de segurança individual não desconhece a legitimidade extraordinária, cujo contexto nele se dá em caráter excepcional. É essa a espécie de legitimação que ocorre na hipótese do art. 3º da Lei 12.016/2009. A norma concede a um substituto processual a possibilidade de pleitear, em nome próprio, direito de outrem, desde que este, legitimado ordinário, titular do direito, permaneça inerte por trinta dias após notificação daquele que o substituirá. A doutrina traz dois exemplos bem claros da incidência da norma, sendo o primeiro deles o caso do locatário que notifica judicialmente o locador para que este discuta em juízo o valor do IPTU, mas, diante da inatividade do proprietário do imóvel, impetra o *mandamus* em nome próprio para tutela do direito do titular da relação jurídica tributária.²⁸¹ O segundo exemplo clássico é o do concurso público em que há apenas uma vaga, com dois candidatos aprovados, em que há

²⁷⁸ Aliás, sobre esse tema, importa consignar o pensamento de Araújo Cintra: “a substituição processual constitui caso de legitimação extraordinária autônoma (pois confere ao substituto a possibilidade de atuar em juízo com total independência, relativamente à pessoa que teria legitimação ordinária, e em posição correspondente à desta, se ordinário apenas fosse o critério adotado pela lei para definir a situação legitimamente) e concorrente (dado que a lei admite que no processo figure apenas o legitimado extraordinário, apenas o ordinário, ou ambos).” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n. 809, p. 743, março de 2003).

²⁷⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1980. pp. 596-601.

²⁸⁰ “Hay representación cuando la acción en el proceso de una persona distinta de la parte en sentido material se debe a un acto de ella, ya la encargue de actuar en su lugar en el proceso, ya la encargue de realizar otros actos en orden a los cuales la ley la conceptúa idónea para actuar en el proceso en lugar de su representado”. (CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Santiago Sentis Melengo (trad.). Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa America. Vol. I. pp. 175-176).

²⁸¹ Nesse caso, inclusive, Talamini é expresso em defender a incidência da coisa julgada ao substituído, “afinal, o substituído (i) teve antes a oportunidade de promover a ação; (ii) teve ciência de que ela seria promovida e (iii) pode, como se indica a seguir, a todo tempo ingressar no processo instaurado pela demanda do substituto”. TALAMINI, Eduardo. “Partes e os terceiros no mandado de segurança individual, à luz de sua nova disciplina (Lei 12.016)”. In: *Processos coletivos e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto*. Araken de Assis et al (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. pp.190-191. O exemplo do IPTU também é trazido por CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp.36-50.

recusa da Administração Pública em nomear o primeiro colocado, vindo o candidato que ocupa a segunda posição a impetrar mandado de segurança em favor do primeiro (após a devida notificação e expiração do prazo de trinta dias sem qualquer movimento por parte do titular do direito).²⁸² Só após a nomeação do primeiro é que o segundo colocado teria chances de ser nomeado, de sorte que será este substituto processual daquele.

A legitimidade extraordinária comporta nuances, sendo que estas merecem a nossa atenção.

No tocante às espécies de legitimidade extraordinária, Barbosa Moreira enumera duas delas: *subordinada* e *autônoma*. A legitimidade extraordinária autônoma, a seu turno, está subdividida em *exclusiva* e *concorrente*. Esta, por sua vez, também é dividida em *concorrente primária* e *concorrente subsidiária*.²⁸³

Leciona o autor que nas situações em que a presença do legitimado ordinário é indispensável para a regularidade do contraditório, atuando ele em conjunto com o legitimado extraordinário, a forma de legitimação deste é *subordinada*. Nessas hipóteses o legitimado extraordinário atua *ad coadjuvandum*, ou seja, seu papel é o de assistente do legitimado ordinário.²⁸⁴

Para o processualista carioca, será *autônoma*, a seu turno, caso seja dispensável a presença do legitimado ordinário, bastando que o legitimado extraordinário atue de maneira independente em juízo. Nessa espécie de legitimação, “o contraditório tem-se como regularmente instaurado com a só presença, no processo, do legitimado extraordinário”.²⁸⁵

Sobre a *legitimidade autônoma exclusiva*, trata-se da hipótese em que apenas o legitimado extraordinário pode ir a juízo, mas não o titular do direito (o legitimado ordinário). Pouco teríamos a comentar acerca dessa espécie de legitimidade, tendo em vista

²⁸² ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. pp. 63-67.

²⁸³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 58, Vol. 404, pp. 10-13, junho de 1969.

²⁸⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 58, Vol. 404, pp. 11, 13, 16, junho de 1969.

²⁸⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 58, Vol. 404, p. 10, junho de 1969. .

que o exemplo corriqueiramente trazido a lume era o do marido, legitimado extraordinário da esposa, o qual defendia os bens dotais desta em juízo (art. 289, inc. III, do Código Civil de 1916). O Código Civil de 2002 não repetiu o texto normativo que, para dizer pouco, representava substancial violação do acesso da mulher à justiça. Alexandre Câmara entende que a legitimação autônoma exclusiva persiste no ordenamento em processos destituídos de legitimados ordinários, como ocorreria na ação popular. Nesta, a seu sentir, como não há legitimado ordinário – haja vista a “supraindividualidade do direito” e a ausência de titular do direito subjetivo –, somente o autor popular (legitimado extraordinário), com exclusividade, poderia ir a juízo.²⁸⁶

Retornando a Barbosa Moreira, a legitimação autônoma será *concorrente* quando o legitimado ordinário e o extraordinário não excluam mutuamente as respectivas legitimidades, de sorte que o contraditório estará regularmente formado caso um ou outro integrem a demanda.²⁸⁷ Em outras palavras, nesse caso, a legitimidade ordinária não cancela a extraordinária e vice versa. Será *primária* a legitimidade autônoma concorrente se, sem importar a ordem, qualquer dos legitimados puder instaurar autonomamente o processo. Como exemplo dessa forma de legitimidade extraordinária, a nosso ver, poderíamos mencionar justamente o mandado de segurança coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos, seja entre os legitimados extraordinários entre si, seja entre eles e o legitimado ordinário (o indivíduo).

Na sequência, a legitimação autônoma será concorrente e *subsidiária* se na falta ou omissão do legitimado ordinário puder o extraordinário, respeitados o prazo e a condição previstos em lei. Assim, “aqui, somente após a inércia do legitimado ordinário é que surge a possibilidade do legitimado extraordinário ingressar em juízo”.²⁸⁸ Ilustra a descrição do instituto em comento o exemplo do terceiro que adquire legitimação extraordinária para impetrar o *writ*, caso o legitimado ordinário, devidamente notificado, siga inerte e não deduza a própria pretensão no prazo de trinta dias (art. 3º da Lei 12.016/2009).

²⁸⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 18.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Vol I. p.117.

²⁸⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 58, Vol. 404, pp. 10-11, junho de 1969.

²⁸⁸ COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da Moralidade Administrativa*. São Paulo: QuartierLatin, 2009. p. 187.

Em outro trabalho, Barbosa Moreira menciona que a legitimidade extraordinária autônoma concorrente também poderá ser *disjuntiva*, na oportunidade em que os legitimados estarão “habilitados a agir em juízo, na defesa do interesse comum, quer isoladamente, quer mediante a formação de um litisconsórcio *voluntário*”.²⁸⁹ Segundo o autor, essa é a espécie de legitimidade encontrada na ação popular, na qual o cidadão vai a juízo para reclamar direitos difusos, sem excluir a legitimidade dos demais cidadãos para com o primeiro atuarem como litisconsortes ou assistentes (art. 6º, §5º da Lei 4717/1965).²⁹⁰

Zelosa deve ser a leitura de Barbosa Moreira se também for consultada a obra de Nelson Nery Junior. A menção, pelo primeiro, à legitimidade autônoma em nada se confunde com a legitimidade autônoma à qual se refere o segundo. Para Nelson Nery a legitimidade extraordinária (e, por consequência, a substituição processual) pertence exclusivamente ao âmbito do processo civil individual, sem se comunicar com o processo coletivo. São, portanto, autonomias bem diferentes. Ao analisar os termos taxonômicos, a designação “legitimidade autônoma” estaria no mesmo plano da legitimidade ordinária e extraordinária, não havendo identidade com a legitimação extraordinária autônoma. Em sua concepção, Nery afirma que a legitimidade autônoma é instituto genuinamente concebido para a tutela coletiva, pois, na realidade, “os direitos difusos e coletivos não podem ser regidos pelo mesmo sistema, justamente porque têm como característica a não individualidade”.²⁹¹ Exceção, em sua ótica, recairia sobre os direitos individuais homogêneos, para os quais a defesa em juízo se operaria mediante verdadeira substituição processual pela determinação dos titulares. Rompida estaria, então, a dicotomia entre legitimidade ordinária e extraordinária, ao passo que a legitimidade autônoma confere à pessoa, órgão ou entidade a oportunidade de buscar a tutela dos direitos coletivos em sentido amplo.

Estabelecidos os conceitos de legitimidade ordinária, extraordinária e autônoma, o trabalho está maduro o suficiente para enfrentar a legitimação no mandado de segurança

²⁸⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 198.

²⁹⁰ Art. 6º, §5º da Lei 4717/1965: A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem § 5º É facultado a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da ação popular.

²⁹¹ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 178.

coletivo, pois já expressamos aqui aquilo que era pertinente acerca do mandado de segurança individual.

4.3.3 Legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo

Com relação à legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo, são três os pontos que mais suscitam dúvidas na doutrina, quais sejam: (i) a natureza da legitimação; (ii) a taxatividade (ou não) do rol de legitimados previstos no art. 5º, inc. LXX da CF/88, bem como do art. 21 da Lei 12.016/2009; (iii) a dispensabilidade da lista de substituídos e de autorização para que a coisa julgada se estenda a todo grupo, categoria ou classe; (iv) a possibilidade de impetrar mandado de segurança para parte do grupo, categoria ou classe.

Passaremos, então, a enfrentar cada um desses pontos e, na sequência, abordaremos algumas peculiaridades de cada um dos legitimados.

4.3.3.1 Natureza da legitimação

Para o estudo da legitimação sobre o *mandamus* da coletividade, assim como o de qualquer outra demanda coletiva, é imprescindível estabelecer algumas premissas sobre a visão que se tem acerca do direito tutelado.

Acerca dos direitos difusos, por exemplo, consignamos no Capítulo 2 (*supra* 2.4.3) que “ou todos se beneficiam com incolumidade do bem difuso (ex. ar, mar, patrimônio histórico e cultural), ou todos são prejudicados pela sua perturbação – em síntese, eventual lesão atinge a todos indistintamente”. Naquela oportunidade, prosseguimos nosso raciocínio fazendo menção a um trecho da obra de Lúcia Valle Figueiredo, para quem “é o direito difuso o de cada um e de todos. De todos e de cada um”.²⁹² Em outros dizeres, não existe titular do direito senão a própria coletividade, situação que também ocorre com os direitos coletivos em sentido estrito, haja vista sua indivisibilidade (não obstante a possibilidade de determinação dos membros do grupo, categoria ou classe). Ao contrário

²⁹² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.32.

do que ocorre com os direitos metaindividuais, existem titulares dos direitos individuais homogêneos, pois, tais direitos, como temos reiterado, só são eles tratados de forma coletiva por política legislativa, visto que sua essência é individual (*supra*, n. 2.4.1).

Do parágrafo anterior, no qual expusemos nossa perspectiva resumida sobre os direitos coletivos em sentido amplo, já se extrai uma conclusão extremamente controvertida: não existe titular do direito metaindividual. A assertiva, se não observada com cuidado, pode ser confundida com outra: todos os indivíduos são titulares dos direitos metaindividuais.

Ninguém, sozinho, tem titularidade sobre o ar que respiramos, sobre patrimônio histórico e cultural, sobre a moralidade pública, dentre outros. O ordenamento não confere a titularidade a algum sujeito sobre essas espécies de direitos. Caso conferisse, seriam despiciendo todos os instrumentos de tutela coletiva, pois para a propositura da demanda coletiva bastaria a fundamentação constitucional e a legitimação ordinária, conferida pelo Código de Processo Civil a esse suposto titular, a fim de que este pudesse ir a juízo para a tutela de direito próprio e em seu próprio nome.²⁹³ Ademais, em reforço argumentativo, caso existisse a titularidade sobre o direito metaindividual, poderia o legitimado ordinário transacionar, reconhecer pedido, dentre outros poderes típicos de quem pode dispor. No entanto, é intolerável a disposição desses direitos no processo, afinal, a indisponibilidade é da essência deles.²⁹⁴

Na ação popular – instrumento típico para tutela de direitos essencialmente coletivos –, existem autores que defendem a existência de legitimidade ordinária do cidadão para a sua propositura. A defesa dessa espécie de legitimidade pressupõe a existência de um direito público subjetivo à administração proba. Como, por essa perspectiva, o direito também se encontra na esfera jurídica de outros cidadãos, existiria espécie de solidariedade entre o autor popular e os seus pares. Não haveria que se falar em substituição se ninguém é substituído: o titular, em verdade, um dos titulares (ou alguns deles em litisconsórcio), já estaria presente defendendo o seu próprio direito.²⁹⁵ Existe

²⁹³ COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da Moralidade Administrativa*. São Paulo: QuartierLatin, 2009. p. 205.

²⁹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 64.

²⁹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 6. ed. São Paulo: RT, 2008. pp. 200-206. Esse também parece ser o pensamento de Sérgio Shimura, embora o autor se referida à legitimidade específica do

doutrina, inclusive, que tem na legitimidade ordinária a regra para todos os direitos coletivos, inclusive os direitos individuais homogêneos.²⁹⁶

De outro lado, existem posições de relevo que também defendem a existência de legitimidade ordinária, inclusive para o mandado de segurança coletivo,²⁹⁷ mas centradas exclusivamente nos casos em que a associação atua no âmbito do escopo para o qual fora criada, ou seja, quando ela atua para a persecução dos seus interesses institucionais. Fora dessas hipóteses, a legitimação seria extraordinária. Se a própria associação atuasse para defender interesses avessos àqueles que lhe deram origem, ou até mesmo se fosse proposta a demanda coletiva apenas para parte de seus membros, a forma de legitimação seria a extraordinária.²⁹⁸ Para essa corrente, torna-se viável que a “entidade que defende em juízo um direito coletivo ou difuso faça-o revestida de legitimidade ordinária, não porque seja verdadeira titular desse direito, que é do grupo social, determinado ou não [...] mas porque o representa (*rectius*, o presenta)”.²⁹⁹

Ministério Público como “legitimação coletiva institucional”. O autor entende que se trata de legitimidade ordinária porque o ordenamento jurídico elegeu previamente quais seriam os legitimados, não comportando discussão sobre se os mesmos são adequados. No entanto, a legitimação extraordinária seguiria para os direitos individuais homogêneos. (SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006. pp.52-54).

²⁹⁶ Sobre a legitimidade ordinária, Acelino Carvalho a tem como regra inclusive para os direitos individuais homogêneos por um argumento que não é encontrado com frequência. A substituição processual seria a regra no novo paradigma estabelecido para a tutela coletiva. Como a não coincidência entre titularidade e legitimação é a regra, por lógica, a legitimidade para as ações coletivas seria ordinária, afinal, a forma mais comum de legitimação (a forma ordinária de legitimação) decorrerá da substituição processual. (CARVALHO, Acelino Rodrigues. A natureza da legitimidade para agir no sistema único de tutelas coletivas: uma questão paradigmática. In GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (org.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.36).

²⁹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação, objeto e coisa julgada. *Revista de Processo*, ano 15, n.58, pp. 76-77, abril-junho de 1990..

²⁹⁸ “Ingressando a associação em juízo, é como se os próprios associados estivessem a agir. Para se forrar ao penoso trabalho da representação individual de cada um deles, o que é, não raro, impraticável, é que a associação age no lugar deles. Os interesses e objetivo dos associados são os mesmos da associação e a presença desta em Juízo, tal como ocorre nos casos em que o sistema jurídico se vale da técnica da veiculação dos direitos e interesses por meio de entes não-personificados, equivale à presença de todos os seus membros, e até de outros co-titulares dos direitos e interesses indivisíveis”. E arremata o autor: “A legitimidade da associação, portanto, é ordinária, e não extraordinária. A solução acima é válida não somente no aspecto técnico-jurídico, como também no aspecto político, pois é sabido que somente pela união poderão as pessoas, com comunhão de interesses e necessidades, superar a debilidade individual.” (WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; VIGORITI, Vincenzo (org.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: RT, 2014. p. 69). Em sentido semelhante: VIGORITI, Vincenzo. *Interessi Collettivi e Processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979. pp. 273-274.

²⁹⁹ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de Segurança Coletivo: legitimação ativa*. São Paulo: Saraiva, 2000. pp. 118-119.

A posição descrita no tópico anterior exige extremada atenção no caso do mandado de segurança coletivo, pois, como bem observa Hermes Zaneti Jr.,³⁰⁰ a Constituição de 1988 estabeleceu como legitimados, exclusivamente, entidades privadas que, no caso, se posicionam como “corpos intermediários” entre as dimensões públicas e privadas na persecução do bem coletivo. Esses corpos intermediários passam a ter legitimidade para a propositura de demandas coletivas e se tornam importantes agentes potencializadores dos direitos não apenas de seus membros, mas de toda a coletividade.³⁰¹ Servem, em verdade, como instrumentos concebidos no Estado Democrático de Direito para a defesa da tutela coletiva sem vínculo necessário com o Poder Público. Ao menos de forma expressa, apenas os partidos políticos, os sindicatos, as entidades de classe e as associações estão legitimados para a impetração do *mandamus* coletivo, todos, sem exceção, pertencentes à esfera privada.

Ainda que não se trate de rol taxativo, essa restrição legal da legitimidade para impetração do *mandamus* coletivo aos entes privados tem a ver com o receio de Barbosa Moreira em concentrar a legitimação para a tutela coletiva exclusivamente nos entes públicos. A ressalva do autor decorre das frequentes ocasiões em que é o próprio Poder Público que age de forma a lesar direitos da coletividade, hipótese em que se justificaria o temor de que a tutela coletiva não fosse perseguida. O mandado de segurança é, por excelência, garantia constitucional contra os arbítrios estatais, porém, não poderia esse remédio ficar adstrito aos entes privados, como externaremos de forma pormenorizada adiante.

Também existe corrente que parte de premissa distinta da nossa, à semelhança dos que defendem a legitimidade puramente ordinária: os direitos metaindividuais, ao mesmo tempo e de forma indissociável, seriam de titularidade do legitimado e da coletividade. Na ótica dos defensores desse pensamento, não haveria classificação específica no ordenamento jurídico para essa espécie de legitimação. A dualidade dos conceitos de legitimidade ordinária e extraordinária, típicos da tutela individual, não se enquadrariam

³⁰⁰ ZANETI JR., Hermes. *O ‘novo’ mandado de segurança*. Salvador: JusPodivm, 2013. pp. 122-123.

³⁰¹ “Anche nel campo della legittimazione, il vecchio dualismo pubblico-privato si rivela inadeguato, non sufficientemente vicino alla complessa realtà. Accanto alla parte privata, legittimata ad agire in quanto portatrice di un interesse privato, e alla parte pubblica (usualmente identificata con il Pubblico Ministero), portatrice di un interesse pubblico (cause di stato simili), si avrà tutto un articolarsi di forme ulteriori, per dir così intermedie, a seconda dei molteplici e multiformi tipi di interesse – di gruppo, di categoria, di classe, di comunità...” (CAPPELLETTI, Mauro. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi*. Padova: Cedam, 1976. p. 202).

nos moldes dessa “nova” forma de legitimação que se apresentava. Não serviria o conceito de legitimidade ordinária porque o direito não é puramente de titularidade do legitimado; tampouco serviria a noção de legitimidade extraordinária porque o direito também é de titularidade do legitimado. Preferiu, então, essa corrente refletir pela perspectiva de outro prisma de análise, na qual o legitimado estaria autorizado pelo sistema normativo a conduzir o processo coletivo. A essa forma de legitimação atribuíram a denominação “autônoma”.³⁰²

Em menor número, há quem proponha outras classificações para a legitimação no caso específico do mandado de segurança coletivo (ex. “legitimação processual coletiva”,³⁰³ “legitimação substitutiva extravagante”,³⁰⁴ dentre outras).

Com relação aos direitos individuais homogêneos há pouca divergência na doutrina acerca das demandas coletivas, o que também se reflete no *writ* da coletividade: a legitimação é extraordinária por substituição processual.³⁰⁵ Como estes são direitos acidentalmente coletivos (essencialmente individuais) e tutelados em dado processo por política legislativa e economia processual, estar-se-ia diante de típico caso de legitimidade

³⁰² LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. pp.151-154. No mesmo sentido: RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. São Paulo: Forense, 2003. p. 59. ARRUDA ALVIM *et al.* *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São. Paulo: RT, 1995. pp. 359-361. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 178. VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. pp.172-177. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. pp.33-56. BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTR, 2010. pp. 304-306.

³⁰³ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. Mandado de segurança coletivo – legitimidade e objeto – considerações pontuais – Lei nº 12.016/09. In: ASSIS, Araken de et al (org.). *Processos coletivos e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 450.

³⁰⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. “*Class action*” e mandado de segurança coletivo (diversificações conceituais). São Paulo: Saraiva, 1990. p. 42.

³⁰⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. pp.151-154. No mesmo sentido: RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. São Paulo: Forense, 2003. p.59. ARRUDA ALVIM *et al.* *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São. Paulo: RT, 1995. pp. 359-361. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 178. COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da Moralidade Administrativa*. São Paulo: QuartierLatin, 2009. pp.184-185. DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. p.204. LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. pp.155-180. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.66. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 362-363. BUZAID, Alfredo. *Considerações sobre o mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1992. pp. 54-68. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011. pp. 63-64, 152-153, 162-163. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei do mandado de segurança comentada artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. pp. 348-349.

extraordinária (substituição processual), tendo em vista que alguém pleitearia em nome próprio direito alheio.

Em nosso entender, independentemente do direito tutelado do mandado de segurança coletiva (ou em qualquer outra demanda coletiva), a natureza da legitimação será unicamente extraordinária, por substituição processual.³⁰⁶ Essa posição, ao menos em relação ao *mandamus* da coletividade, há muito tem encontrado receptividade na jurisprudência.³⁰⁷

No caso dos direitos individuais homogêneos, a existência de substituição processual é de simples visualização, afinal, é nítido que o direito tutelado não é de titularidade do substituto – tal direito é essencialmente individual e tratado de forma coletiva por política legislativa; o indivíduo segue com a possibilidade de, sozinho, buscar

³⁰⁶ CALMON DE PASSOS. *Mandado de Segurança Coletivo, mandado de injunção, “habeas data”*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. pp. 12-13. COSTA, Susana Henriques. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público em juízo*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. pp.184-185. DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 204. LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. pp.155-180. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.66. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 362-363. BUZAID, Alfredo. *Considerações sobre o mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1992. pp.54-68. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011. pp. 63-64, 152-153, 162-163. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei do mandado de segurança comentada artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. pp. 348-349. BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 41-42. ZANETI JR., Hermes. *O ‘novo’ mandado de segurança*. Salvador: JusPodivm, 2013. pp. 128-142 (o autor defende a substituição processual, mas com algumas peculiaridades. SANTOS, Ernane Fidélis dos. Mandado de segurança individual e coletivo (legitimação e interesse). In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990. p.130. OLIVEIRA, Lourival Gonçalves de. Interesse processual e mandado de segurança coletivo. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990. pp. 145-148.

³⁰⁷EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA: DESNECESSIDADE. OBJETO A SER PROTEGIDO PELA SEGURANÇA COLETIVA. C.F., art. 5º, LXX, b. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE: NÃO CABIMENTO. Súmula 266-STF. I. - A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual. CF, art. 5º, LXX. II. - Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inc. XXI do art. 5º, CF, que contempla hipótese de representação. III. - O objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do writ, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido nas atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe. IV. - Não cabe mandado de segurança, individual ou coletivo, contra lei em tese (Súmula 266-STF), dado que a lei e, de resto, qualquer ato normativo, em sentido material, ostenta características de generalidade, impessoalidade e abstração, não tendo, portanto, operatividade imediata, necessitando, para a sua individualização, da expedição de ato administrativo. V. - Mandado de Segurança não conhecido.” STF, MS 22132 / RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, julgado em 21.8.1996. No mesmo sentido: STF, RE 1097 AgR / PE, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, julgado em 2.9.1999. STF, RE 196184 / AM, Rel. Min. Ellen Gracie, 1ª Turma, julgado em 27.10.2004. STF, RE 437971 AgR / BA, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª turma, julgado em 24.8.2010. STF, RE 696845 AgR / DF, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 16.10.2012.

a tutela de seu direito –, logo, o legitimado age em nome alheio. Já no que diz respeito aos direitos difusos e coletivos, estes “têm como titular uma coletividade desprovida de personalidade jurídica e, portanto, não-apta à sua defesa por meio de técnica da legitimidade ordinária”.³⁰⁸

Repita-se: partimos da premissa de que não existe titular do direito metaindividual (direito difuso e coletivo em sentido estrito). Como não se encontram na mesma pessoa a titularidade do direito e a legitimação, está afastado o conceito de legitimidade ordinária, visto que não existe reprodução da relação de direito material na relação de direito processual. Caso houvesse, serventia nenhuma teriam os instrumentos de tutela coletiva, visto que bastaria a legitimidade prevista no art. 6º do CPC.³⁰⁹

Não seria necessário criar outra categoria de classificação da legitimidade para enquadrar os direitos difusos e coletivos, visto que a legitimidade extraordinária responde satisfatoriamente aos limites necessários para a identificação do fenômeno. O legitimado buscará em juízo direito que, em alguma medida, lhe tangencia a esfera jurídica própria, mas a esta não se amolda com perfeição. Desse modo, o direito é, grosso modo, mais alheio do que próprio. Só a coletividade teria titularidade sobre os direitos essencialmente coletivos, porém, lhe padece a personalidade jurídica para pleiteá-los. Em sendo necessário que alguém busque a tutela dos direitos metaindividuais, sua legitimidade será extraordinária porque feita em nome próprio para observância de direito alheio, mediante substituição processual, até porque não lhe será dado o poder de dispor do direito, como o teria o legitimado ordinário.³¹⁰ Em outras palavras, “pode-se afirmar, por isso mesmo, que esse regime, de natureza extraordinária no sistema comum do processo civil, é o regime ordinário na ação civil pública”.³¹¹

Por derradeiro, a legitimidade do impetrante do mandado de segurança coletiva será extraordinária (por substituição processual), concorrente e disjuntiva, tendo em vista

³⁰⁸ COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da Moralidade Administrativa*. São Paulo: QuartierLatin, 2009. pp.181-182.

³⁰⁹ COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da Moralidade Administrativa*. São Paulo: QuartierLatin, 2009. pp.181-182.

³¹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 64.

³¹¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 64.

que os legitimados extraordinários concorrem para a impetração do *mandamus* que, uma vez impetrado, possibilitará a formação de litisconsórcio ou admitirá assistência.³¹²

4.3.3.2 A (não) taxatividade do rol de legitimados previstos no art. 5º, inc. LXX da CF/88, bem como do art. 21 da Lei 12.016/2009

Conforme destacamos no tópico anterior, a legitimidade para a propositura do mandado de segurança coletivo é extraordinária (por substituição processual), valendo também rememorar que, por ser excepcional, somente a lei pode legitimar alguém para a tutela do direito alheio. A existência de lei expressa é um entrave para a impetração do mandado de segurança coletivo. Isso porque, conforme se denota do art. 5º, inc. LXX da CF/88,³¹³ bem como do art. 21 da Lei 12.016/2009,³¹⁴ tais diplomas apenas fizeram menção aos Partidos Políticos; à organização sindical; e à entidade de classe ou associação legalmente constituídas.

Nota-se, portanto, que os entes federativos, o Ministério Público e a Defensoria Pública ficaram de fora desse rol, tido por alguns como taxativo.³¹⁵ Este, contudo, não é o nosso entendimento.³¹⁶

³¹² Sem sentido semelhante ao nosso, Hermes Zaneti Jr. assevera que a CF/88 “resolveu adotar a técnica da indicação objetiva dos legitimados, através da substituição autônoma (não depende de autorização dos titulares), exclusiva (os titulares do direito coletivo não podem atuá-lo), concorrente (entre todos os legitimados), disjuntiva ou simples (independente entre si e basta um dos legitimados para tocar a ação), enumerando os legitimados expressamente no texto constitucional”. (ZANETI JR., Hermes. *O ‘novo’ mandado de segurança*. Salvador: JusPodivm, 2013.p. 122).

³¹³ Art. 5º, inc. LXX da CF/88 – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

³¹⁴ Art. 21 da Lei 12.016/2009. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

³¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp.384-385. MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. pp.163. TUCCI, José Rogério Cruz e. “*Class action*” e mandado de segurança coletivo (*diversificações conceituais*). São Paulo: Saraiva, 1990. p. 41. DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 21. GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SILVA, Márcio Henrique Mendes; FERREIRA, Olavo A. Vianna Alves. *Comentários à Nova Lei de Mandado de Segurança*. São Paulo: Método, 2009. pp. 102-103. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. Mandado de segurança coletivo – legitimidade e objeto – considerações pontuais – Lei nº 12.016/09. In: ASSIS, Araken de et al (org.). *Processos coletivos e outros temas de direito*

Alguns autores levam as últimas consequências a necessidade da substituição processual ser autorizada em lei. Para Juan Montero Aroca, a outorga de legitimidade ao substituto, além de ser expressa, enseja lei em sentido estrito (não qualquer outra espécie de ato normativo) e, ademais, caso existente a norma, esta deverá ser interpretada restritivamente. Toda essa ênfase na excepcionalidade, segundo o espanhol, serviria para evitar prejuízos a terceiros, cujos direitos se encontram alheamente tutelados no processo.³¹⁷

A nosso sentir, essa orientação merece suavização. Embora não seja possível desprezar o importante papel que a excepcionalidade e a tipicidade desempenham para que a oferta de legitimidade não cause danos aos substituídos, existem outros remédios para combater a patologia da má condução do processo. Na tutela processual coletiva, por exemplo, a representatividade adequada, a coisa julgada *secundum eventum litis* e a coisa julgada *secundum eventum litis vel probationis* constituem emblemas de essas formas minimizarem o prejuízo dos titulares do direito.

Tamanho rigor para a admissão da substituição processual pode causar outro mal – maior que a banalização do instituto temida por Aroca –, qual seja, o do desestímulo na busca do acesso à justiça para a pacificação de conflitos. Podem, portanto, faltar meios para a tutela de determinados direitos caros ao ordenamento jurídico.

É justamente esse o agouro que ronda o mandado de segurança coletivo em relação àqueles que defendem a taxatividade do rol de legitimados contido na Constituição Federal

processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 450. CALMON DE PASSOS. *Mandado de Segurança Coletivo, mandado de injunção, “habeas data”*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. pp. 30-31.

³¹⁶ No mesmo sentido: ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p.330. BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 42-43. DONIZETTI, Elpidio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 431-433. ZANETTI JR, Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2013. pp.182-185. CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane. Legitimidade do Ministério Público para impetrar mandado de segurança coletivo. *Revista de processo*, ano 37, vol. 203, p. 131, jan-2008. ZUFELATO, Camilo. Da legitimidade ativa ope legis da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo. *Revista de processo*, ano 37, vol. 203, p. 329, jan-2012. CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. Art 21. In _____. (coord.). *Mandado de Segurança individual e Coletivo: a Lei nº 12.016/2009 Comentada*. Niterói: Impetus, 2010. pp. 130-131.

³¹⁷ AROCA, Juan Montero. *De la legitimación en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 2007. pp. 334-337.

de 1988 e na Lei 12.016/2009, quando, claramente é possível extrair a legitimidade do sistema normativo.

Não pregamos, com isso, a anarquia normativa para que se outorgue legitimidade, sem critério, a qualquer um para a defesa em juízo do direito de outrem (entregue à própria sorte). Também entendemos que a existência de norma é condição *sine qua non* para que a substituição processual ocorra. Por outro lado, se todo o arcabouço normativo converge para conferir a qualidade de substituto processual a determinado legitimado, só podemos concluir que a exegese apegada à imprescindibilidade de norma expressa restringe sobremaneira a tutela de direitos coletivos em sentido amplo.

Antes de iniciarmos nossa digressão para a busca normativa do fundamento de validade para a amplitude do rol de legitimados para o mandado de segurança coletivo, existe um singelo argumento de ordem estritamente prática que deve ser suscitado: a ação civil pública (art. 5º, da Lei 7347/1965) e demais ações coletivas (art. 82 e 83 do CDC, dentre outros dispositivos em leis esparsas) podem ser propostas por uma série de legitimados. Não existe coerência lógica em se permitir a propositura de demandas coletivas de amplíssima abrangência para parte deles e vedar a via do *mandamus* coletivo para os restantes, sob pena de desprestigiar a máxima proteção daqueles direitos.³¹⁸

O fundamento anterior ressalta a importância da teoria do diálogo das fontes.³¹⁹ Cláudia Lima Marques esclarece que se trata da “aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o CDC, a lei de segurança saúde) e gerais (como CC/2002), com campos de aplicação convergentes, mas não iguais”.³²⁰ E prossegue a autora afirmando que “de um direito com fontes normativas plúrimas, ressurgem a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo”.³²¹

³¹⁸ CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane. Legitimidade do Ministério Público para impetrar mandado de segurança coletivo. *Revista de processo*, ano 37, vol. 203, p. 131, jan-2008.

³¹⁹ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. pp. 108-122.

³²⁰ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 108.

³²¹ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 108.

O emprego da teoria do diálogo das fontes permite que leis distintas não entrem em rota de colisão sem que uma prevaleça sobre a outra (afastando qualquer efeito normativo da regra antiga). Nesse sentido, as leis se permitem interpenetrações normativas, sem que uma extirpe a outra do ordenamento jurídico, de modo a viabilizar que os comandos legais se complementem sem restrições. A premissa que deve ser afastada é a de que “o campo de aplicação das leis em conflito deve ser o mesmo sempre”, inclusive com o exato “campo de aplicação (*ratione materiae e ratione personae*)”, de sorte que, em vista dos métodos comuns de resolução conflitos de lei no tempo, uma delas estaria fadada a morrer para o ordenamento.³²²

O diálogo das fontes permite mais flexibilidade do intérprete da norma no trabalho de coordenação sistemática das leis vigentes. Essa técnica trabalha com a noção de composição entre normas, afastando o conflito, pois permite amplo espaço para que as normas dialoguem. Aplicada no direito privado, a técnica pode também servir ao direito público, até porque, no caso brasileiro, o próprio legislador excepcionou essa necessidade ao permitir que a ação civil pública – norma de caráter processual e, portanto de direito público – sofresse imbricação do Código de Defesa do Consumidor.³²³ Desta feita, havendo situação análoga, não visualizamos empecilhos à aplicação da teoria do diálogo das fontes entre o microssistema de tutela coletiva e a lei do mandado de segurança.³²⁴

O fundamento de validade para a legitimidade do Ministério Público, dos entes federativos e da Defensoria Pública – todos estes aliçados dos textos normativos acerca da legitimidade em mandado de segurança –, é, portanto, o microssistema de tutela coletiva

³²² BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 109.

³²³ “Em resumo, também entre leis especiais há diálogo das fontes: diálogo sistemático de coerência, diálogo sistemático de complementariedade ou subsidiariedade e diálogo de adaptação ou coordenação. Note-se que raramente é o legislador quem determina esta aplicação simultânea e coerente das leis especiais (um exemplo de diálogo das fontes ordenado pelo legislador é o art. 117 do CDC, que mandou aplicar o Título III do CDC aos casos da anterior Lei de Ação Civil Pública, Lei 7.347/85, isto ‘no que for cabível’, ‘à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais’), e sim, geralmente, tal diálogo é deixado ao intérprete e aplicador da lei, que geralmente aplica o CDC.” (BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 119).

³²⁴ Sobre o microssistema de tutela coletiva, muito embora despiendo o esclarecimento sobre no que consiste, é sempre bem-vinda a voz de Ada Pellegrini Grinover: “finalmente, com o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, o Brasil pôde contar com um verdadeiro microssistema de processos coletivos, composto pelo Código – que também criou a categoria dos interesses ou direitos individuais homogêneos – e pela Lei n. 7.347/85, interagindo mediante ação recíproca das disposições dos dois diplomas”. (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*: processo coletivo (arts.81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II. p. 25).

em conjunto a teoria do diálogo das fontes.³²⁵ Tampouco há que se por em xeque a compatibilidade do entendimento aqui defendido com a literalidade da Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. LXX, alíneas “a” e “b”, porque os legitimados que ali se encontram compõem o mínimo de sujeitos passíveis de impetração do *writ*.³²⁶ Trata-se, portanto, de restrição imposta o legislador infraconstitucional para que não elabore leis que contemplem menos legitimados que aqueles que lá se encontram.

Ademais, o mandado de segurança coletivo está inserido no art. 5º da Constituição Federal, onde estão albergados os direitos e garantias fundamentais. Inafastável, desse modo o entendimento de que “o intérprete deve aproximar-se do texto constitucional disposto a considerar o mandado de segurança coletivo, não uma ação qualquer, mas uma ação potenciada, retirando da norma a maior carga possível de eficácia e efetividade”.³²⁷ Não haveria razão lógica para que o constituinte limitasse o remédio constitucional que, por excelência, funciona como garantia do jurisdicionado contra os arbítrios do Estado. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal – em *obiter dictum* (é bom frisar) – mostrou-se simpático à leitura ampliativa do rol de legitimados para o *mandamus* ao assentar que, da leitura do art. 129, inc. III da CF/88 (dispositivo inserido na parte reservada ao Ministério Público), a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos é passível de ser buscada pelo *parquet* em mandado de segurança coletivo.³²⁸

³²⁵ Nesse mesmo sentido (empregando a técnica do diálogo das fontes): ZUFELATO, Camilo. Da legitimidade ativa ope legis da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo. *Revista de processo*, ano 37, vol. 203, p. 337-339, jan-2012. ALMEIDA, Gregório Assagra de; CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. *Mandado de Segurança: Introdução e comentários à Lei n. 12.016, de 7.8.2009* (artigo por artigo), com indicação do PLS n. 222/2010. São Paulo: Saraiva, 2011. pp.63-64.

³²⁶ “Portanto não há dúvida de que a previsão constitucional constitui um mínimo, sobre o qual poderá – em realidade deverá – o legislador infraconstitucional ampliar o rol de legitimados, com vistas a proporcionar o maior acesso à justiça possível”. (ZUFELATO, Camilo. Da legitimidade ativa ope legis da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo. *Revista de processo*, ano 37, vol. 203, p. 335, jan-2012).

³²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação, objeto e coisa julgada. *Revista de Processo*, ano 15, , n.58, p. 76, abril-junho de 1990.

³²⁸ “Frisou que a legitimação por substituição processual seria admitida apenas como exceção, contudo, no sistema em vigor, haveria tendência de expansão das hipóteses de substituição processual, notadamente com o intuito de viabilizar a tutela coletiva. Reputou que a Constituição, que consagra essa técnica para a tutela de direitos difusos e coletivos (art. 129, III), adota-a também para direitos individuais, seja pela via do mandado de segurança coletivo, seja pela via de procedimentos comuns, para a tutela de outras espécies de direitos lesados ou ameaçados. Registrou que, nesse contexto, estaria inserida a legitimação do Ministério Público, a quem a lei já conferira o poder-dever de oficiar, como “custos legis”, em todas as causas nas quais houvesse interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte (CPC, art. 82, III); e a quem a Constituição atribui a incumbência de defender interesses sociais (art. 127).” STF, RE 631111/GO, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 7.8.2014 (ainda em curso), informativo 753 (STF), Brasília, 1º a 8 de agosto de 2014.

Como exaustivamente repetimos, o mandado de segurança coletivo é ação coletiva como outra qualquer, sujeito à mesma base principiológica das demais – o que o insere no microsistema de tutela coletiva.³²⁹ Por esse motivo, a legitimidade conferida pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor para a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos é, pelo diálogo das fontes, extensiva ao *writ* coletivo. É essa a interpretação que atribui maior eficiência ao texto constitucional. É essa a interpretação que guarda maior coerência com o sistema normativo. Em síntese, temos como exemplificativo o rol constante do art. 5º, inc. LXX da CF/88, bem como do art. 21 da Lei 12.016/2009.

4.3.3.3 A dispensabilidade da lista de substituídos e de autorização do membro do grupo, categoria ou classe

Uma análise açodada do art. 5º, incs. XXI e LXX, “b”, da CF/88,³³⁰ poderia levar à interpretação de que atuação das entidades associativas no mandado de segurança coletivo é engessada e refém da expressa autorização de seus filiados. Por esse prisma, a entidade associativa seria mandatária de seus filiados. Corroboraria esse equivocado entendimento a leitura do parágrafo único do art. 2º-A, da Lei 9.494/1997,³³¹ aplicável somente em relação às demandas coletivas movidas contra o Poder Público. A inadequada exegese deste dispositivo poderia levar à conclusão de que ao mandado de segurança coletivo se aplicaria a necessidade de as associações (eventualmente até os sindicatos ou os partidos políticos) juntarem à petição inicial a ata da assembleia que autorizou a impetração e a relação nominal dos associados e seus endereços.

³²⁹ ZUFELATO, Camilo. Da legitimidade ativa ope legis da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo. *Revista de processo*, ano 37, vol. 203, p. 336, jan-2012.

³³⁰ Art. 5º, inc. XXI - As entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.

³³¹ Art. 2º-A, p. ún, da Lei 9494/1997. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001) Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

Em reforço a esse posicionamento, existe doutrina que defende a necessidade da autorização dos associados.³³² Esta poderia ser expressamente concedida, ou concedida em assembleia ou até mesmo constar do estatuto. No entanto, na ótica daqueles que defendem essa tese, a referida chancela é imprescindível. Ao encalço deste entendimento veio julgado do Superior Tribunal de Justiça que o reproduziu, sustentando, aliás, que os filiados deveriam ter a oportunidade de escolher se impetrariam o próprio mandado de segurança ou se anuiriam com o *writ* coletivo, para, desse modo, terem a chance de expor os próprios argumentos jurídicos sem vinculação à tese coletiva.³³³ Após a edição do art. 2º-A, da Lei 9.494/1997, o Superior Tribunal de Justiça ainda proferiu decisões que reafirmaram a necessidade da chancela dos substituídos para o *writ* coletivo.³³⁴

A nosso ver, é descabida, tanto no mandado de segurança coletivo como em qualquer outra demanda coletiva, a exigência de lista de substituídos e de suas respectivas autorizações.³³⁵

O primeiro argumento contrário à aplicação dessa verdadeira limitação à tutela coletiva é a leitura equivocada do art. 5º, inc. XXI, da CF/88, visto que este dispositivo serve aos casos de representação processual, em que há a atuação em nome alheio para tutela de direito alheio e é típica do processo individual. A legitimidade para o mandado de segurança coletivo (e outras ações coletivas) implica substituição processual, na qual o legitimado atua em nome próprio para a tutela de direito alheio, ou seja, não é ele mero mandatário do titular do direito.³³⁶

³³² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. pp. 37-41.

³³³ “RMS - Constitucional - Processual Civil - Mandado de Segurança Coletivo - Legitimidade Ativa - Indispensável a anuência dos membros da Organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída”. Não se trata de mera formalidade. Quando o pedido é julgado procedente, lógico, inexistirá qualquer prejuízo. A hipótese contrária, todavia, conduz a resultado diverso. O associado poderia deduzir outros argumentos, tidos como secundários na impetração.” STJ, RMS 3365 / GO, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, DJ 13.3.1995, p. 5315.

³³⁴ “Em mandado de segurança requerido por sindicato de classe é imprescindível a delimitação, na inicial, de quais e quantos associados serão beneficiados pela concessão da ordem, por tratar-se de defesa de direitos coletivos. Processo extinto”. STJ, MS 6307 / DF, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª Seção, DJ 25.10.1999, p. 33. No mesmo sentido: STJ, MS 6318 / DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 3ª Seção, DJ 13/09/1999, p. 40.

³³⁵ Concordando com a inaplicabilidade do art. 2º-A, da Lei 9.494/1997, da autorização e da lista de substituídos, ao mandado de segurança coletivo, mas discordando de sua inaplicabilidade às demais ações coletivas. MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. pp.135-136. AMARAL, Paulo Osternack; SILVA, Ricardo Alexandre. *Mandado de Segurança Coletivo*. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 105, p. 93, 2011.

³³⁶ No que concerne à necessidade de autorização para a impetração do mandado de segurança coletivo Lourival Gonçalves De Oliveira pondera que “ao admitir esta exigência, estaríamos descaracterizando a substituição processual [...], para confundi-la com a representação processual, onde não mais se dará a defesa

O segundo argumento de ordem constitucional é a incompatibilidade do art. 2º-A, da Lei 9.494/1997, com a Carta Magna. Seu texto constitui verdadeiro privilégio dado, exclusivamente, ao Poder Público sem que este aufera qualquer vantagem processual por essas condições, senão a mitigação dos direitos da coletividade e a redução, “ao varejo”, de decisões que deveriam ter efeito “no atacado”.³³⁷ Nesse sentido, pelo tratamento não isonômico (e privilegiado) dispensado ao Estado, bem como pela vedação ao acesso à justiça, temos como inconstitucional a supracitada norma.³³⁸

No caso do mandado de segurança, o afastamento desses requisitos é mais singelo se comparado a outras demandas coletivas, pois são desnecessárias mais elucubrações. Tanto no que diz respeito à alínea “a”, quanto no tocante à alínea “b” do inc. LXX, do art. 5º, da CF/88, o Constituinte estabeleceu poucos requisitos para cancelar a legitimação: a representação do Congresso Nacional, no caso do partido político, e a constituição da associação por pelo menos um ano, e só. E, por isso, o intérprete e o legislador não podem fixar outros parâmetros que não estejam inseridos no texto da Carta.³³⁹ Aliás, é também por isso “que não temos dúvida em afirmar que, para o ajuizamento do mandado de segurança coletivo, nem os partidos políticos, nem as organizações legalmente constituídas necessitam daquela autorização expressa a que alude o inciso XXI do art. 5º da Constituição”.

de interesse alheio em nome próprio, mas sim a atuação em nome de outrem”. (OLIVEIRA, Lourival Gonçalves de. Interesse processual e mandado de segurança coletivo. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 147).

³³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*: processo coletivo (arts.81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II. p. 96).

³³⁸ Fazemos nossas as palavras de Kazuo Watanabe: “Flagrantemente inconstitucional, por ferir a igualdade e obstaculizar o acesso à justiça, do ponto de vista processual o dispositivo confunde a figura da representação, para a qual a própria Constituição prevê a necessidade de autorização dos associados (art. 5º, inc. XXI), com a legitimação a da legitimação às ações coletivas, introduzindo regra própria dos processos individuais, em que as associações litigam em nome próprio, representando os associados para os processos de índole coletiva, em que as associações agem por direito próprio”. (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*: processo coletivo (arts.81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II. p. 96).

³³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação, objeto e coisa julgada. *Revista de Processo*, ano 15, n.58, p. 77, abril-junho de 1990.

É relativamente antiga (e segue hoje aplicada),³⁴⁰ aliás, a orientação do Supremo Tribunal Federal em rechaçar a necessidade de autorização dos substituídos e da respectiva listagem. Tampouco é recente a doutrina que referenda este último posicionamento.³⁴¹

O verbete 629 da Súmula do Supremo Tribunal Federal afasta qualquer dúvida acerca da desnecessidade de autorização para que os direitos do grupo, categoria ou classe sejam buscados por intermédio do *writ*. O texto do referido enunciado é bem claro ao assentar que “a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”. Ora, se é prescindível a autorização para o manejo do *mandamus*, é coerente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de considerar desprovida a apresentação de lista de substituídos, afinal, “o integrante da categoria possui legitimidade para propor execução individual oriunda de ação coletiva, mesmo que não tenha autorizado a associação ou o sindicato para lhe representar na ação de conhecimento”.³⁴² Assim, é perfeitamente aceitável que o legitimado (independentemente de qual seja) atue no sentido de buscar a tutela do direito

³⁴⁰ STF, MS n. 21.070/DF, Rel. Min. Celio Borja, Tribunal Pleno, DJ 22.2.1991; STF, RE 348973 AgR / DF, Rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, DJ. 28.5.2004. Há precedentes, de data mais recente, que também aplicam o entendimento no Superior Tribunal de Justiça: STJ, RMS 20762 / RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 11.9.2008. STJ, EDcl nos EDcl no MS 13547 / DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 31.5.2013. No mesmo sentido: “A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual. CF, art. 5º, LXX. [...] Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inc. XXI do art. 5º, CF, que contempla hipótese de representação.” STF, MS 22132/RJ, Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 21.8.1996.

³⁴¹ CALMON DE PASSOS. *Mandado de Segurança Coletivo, mandado de injunção, “habeas data”*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 13. TUCCL, José Rogério Cruz e. “*Class action*” e *mandado de segurança coletivo (diversificações conceituais)*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 42. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação, objeto e coisa julgada*. *Revista de Processo*, ano 15, n.58, p. 77, abril-junho de 1990. SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Mandado de segurança individual e coletivo (legitimação e interesse)*. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990. p.130. OLIVEIRA, Lourival Gonçalves de. *Interesse processual e mandado de segurança coletivo*. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 147.

³⁴² STJ, AgRg no REsp 1357759 / GO, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, DJe 04/08/2014. No mesmo sentido: “O sindicato ou associação, como substitutos processuais, têm legitimidade para defender judicialmente interesses coletivos de toda a categoria, e não apenas de seus filiados, sendo dispensável a juntada da relação nominal dos filiados e de autorização expressa. Assim, a formação da coisa julgada nos autos de ação coletiva deve beneficiar todos os servidores da categoria, e não apenas aqueles que na ação de conhecimento demonstrem a condição de filiado do autor (Ag 1.153.516/GO, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 26.4.2010). No mesmo sentido: RESP 936.229-RS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 16.03.2009. 2. A indivisibilidade do objeto da ação coletiva conduz à extensão dos efeitos positivos da decisão a pessoas não integrantes diretamente da entidade classista postulante que, na verdade, não é a titular do direito material, mas tão somente a substituta processual dos componentes da categoria, a que a lei conferiu legitimidade autônoma para a promoção da ação. Nessa hipótese, diz-se que o bem da vida assegurado pela decisão é fruível por todo o universo de participantes da categoria, grupo ou classe, ainda que não filiados à entidade, isso porque o universo da categoria geralmente é maior do que o universo de filiados à entidade representativa.” STJ, AgRg no REsp 1404086 / SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, DJe 18.8.2014.

difuso, coletivo ou individual homogêneo, sem saber a quem a decisão aproveitará, desde seja ele representante adequado para buscar a tutela jurisdicional.

Com o advento da Lei 12.016/2009, o art. 21, *caput*, em sua parte final, claramente influenciado pela pacífica doutrina e jurisprudência, a lei do mandado de segurança tornou despicienda a autorização dos associados e sua respectiva lista. Nesse sentido, por ser lei mais nova, específica e, acima de tudo, por potencializar a efetividade de direitos constitucionais,³⁴³ o art. 21 da Lei 12.016/2009 prepondera sobre o art. 2º-A, da Lei 9.494/1997.

Exposta a nossa posição, antes de encerrar o tópico, temos que consignar nossa preocupação com os caminhos a serem trilhados pela jurisprudência diante de recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, na qual, foi realizada a “procura” pela autorização dos substituídos em dado mandado de segurança coletivo.³⁴⁴ No caso em apreço, entretanto, não ocorreram prejuízos, pois existia ata de assembleia que autorizava a impetração. O problema, por outro lado, é a sujeição do mandado de segurança coletivo a esse desnecessário critério, ainda mais porque a decisão do Superior Tribunal de Justiça foi ancorada em informativo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em que se discutia caso de representação (e não de substituição processual).³⁴⁵ Retornar a esse debate constituiria verdadeiro retrocesso. Contudo, resta-nos monitorar a repercussão desse precedente e mensurar seu impacto em outros *writs* coletivos.

³⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação, objeto e coisa julgada. *Revista de Processo*, ano 15, n.58, p. 76, abril-junho de 1990.

³⁴⁴ Segue trechos do acórdão: “Segundo o entendimento da Suprema Corte, ‘A autorização estatutária genérica conferida a associação não é suficiente para legitimar a sua atuação em juízo na defesa de direitos de seus filiados, sendo indispensável que a declaração expressa exigida no inciso XXI do art. 5º da CF (“as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”) seja manifestada por ato individual do associado ou por assembleia geral da entidade.’ (Informativo de Jurisprudência n.º 746/STF)”. E prossegue o julgado: “No caso, às fls. 117/119 dos autos do Mandado de Segurança Coletivo n.º 4149/DF, consta a ‘Ata da Assembleia Geral Extraordinária’, na qual foi a Associação expressamente autorizada a impetrar o mandado de segurança coletivo, que buscava o pagamento do reajuste de 3,17%, decorrente da Lei n.º 8.880/94, e que ora se encontra em fase de execução.” STJ, AgRg nos EmbExeMS 4149 / DF, Rel. Min. Laurita Vaz, 3ª Seção, DJe 25.8.2014.

³⁴⁵ O caso adiante foi veiculado no informativo 746 (STF), Brasília, 12 a 16 de maio de 2014, mas com outra redação. A ementa do julgado, entretanto, ficou assim assentada: “REPRESENTAÇÃO – ASSOCIADOS – ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE. O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – ASSOCIAÇÃO – BENEFICIÁRIOS. As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial.” STF, RE 573232 / SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, publicado em 19.9.2014.

4.3.3.4 É possível a impetração de mandado de segurança coletivo para parte da categoria ou classe?

Questão interessante é a possibilidade de impetração do mandado de segurança coletivo para parte do grupo, categoria ou classe. É grande o risco de, na hipótese, serem confundidos os direitos coletivos (típicos do grupo, categoria ou classe) com os direitos individuais tutelados coletivamente (que dizem respeito aos membros, não ao grupo, categoria ou classe). Desse modo, negar tutela à parte do grupo é negar a própria essência do *mandamus* como instrumento também a serviço da tutela coletiva de direitos.³⁴⁶

Cediço é que o Enunciado 630 da Súmula do Supremo Tribunal Federal³⁴⁷ (aprovado na sessão plenária de 24.9.2003) viabiliza a impetração o mandado de segurança coletivo pelo legitimado extraordinário para a defesa, não apenas da totalidade, mas de *parte* do grupo, classe ou categoria. Tal enunciado acabou por repercutir no legislador ordinário quando do momento da elaboração do art. 21 da Lei 12.016/2009, cunhada em termos próximos ao posicionamento consolidado da Corte.³⁴⁸

Ainda antes da entrada em vigor da referida lei, em 2 de fevereiro de 2004, poucos meses após a aprovação do texto do Enunciado 630 da Súmula do STF, o STJ flexibilizou a interpretação do verbete inserindo uma relevante condição para o seu emprego, tudo nos autos do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 13131/SP, sob relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido. No caso em tela, o Sindicato dos Escreventes Auxiliares Notariais, Registrais do Estado de São Paulo, SEANOR, impetrou o *writ* coletivo para anular o edital de concurso público para outorga de Delegações de Notas e de Registro, sustentando que a disposição editalícia confrontava a Lei Estadual nº 10.340/99. O objetivo

³⁴⁶ O parágrafo foi inteiramente inspirado em ZAVASCKI, Teori. Comentários ao art. 21. In MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org.). *Comentários à nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. pp.282-284.

³⁴⁷ É assim o texto do Enunciado 630 da Súmula do STF: “a entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”.

³⁴⁸ Para uma contextualização sobre a interpretação do Enunciado 630 do STF, parte da doutrina compreende que “a impetração pode vir a ser admitida, quando se tratar de entidade associativa ou sindical, para buscar o amparo aos direitos de apenas alguns de seus membros, e não em defesa de toda a categoria. A legitimidade *ad causam* permanece mesmo nesses casos, não havendo que falar em conflito de interesses com os demais filiados, quando a cobertura judicial contra ato ilegal ou abusivo buscar a tutela em favor de alguns dos integrantes daquela categoria ou associação”. (PAULA, Adriano Perácio de. Do procedimento do mandado de segurança coletivo. In BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos*. São Paulo: RT, 2002. p. 30).

do *mandamus* era que houvesse apenas chamadas para as serventias de primeira entrância e que as demais serventias fossem preenchidas por remoção, seguindo o critério de realização de “concurso entre os escreventes que contem com cinco anos de exercício, para as serventias de 2ª classe; entre os escreventes com dez anos, para as de 3ª classe e entre os escreventes com quinze anos, para as serventias da classe especial”, além de outros requisitos. No entanto, aqueles escreventes que não preenchessem os critérios fixados unilateralmente pelo sindicato, ao qual também eram filiados, seriam claramente prejudicados, dentre outros aspectos, pela preterição em promoções/remoções.

Entendeu o STJ, em acordo com a Corte Paulista, que não obstante houvesse legitimidade para a defesa em juízo de parte da categoria, essa legitimidade seria perdida “se da concessão da ordem possa advir prejuízo para parcela dos sindicalizados, por força de irremovível conflito de interesses”. Importa consignar que a mesma tese foi repetida antes³⁴⁹ e depois³⁵⁰ da entrada em vigor da Lei 12.016/2009, o que, além de inserir um novo requisito para a aplicação do Enunciado 630 do STF, impõe restrição à interpretação do artigo 21 do supramencionado regramento.

Nota-se que, na espécie, não se trata de mero conflito de interesses entre membros do grupo. Há algo além. Em verdade o que está em apreço é a causação de proveito a parte grupo em detrimento da outra parte. Não é o caso de discutir o que a maioria entende ser melhor para a coletividade – conflituosidade interna, sujeita aos interesses da maioria e que não inviabiliza a impetração do *mandamus* –,³⁵¹ mas sim de questionar se existe representatividade adequada do legitimado que releva a certeza de prejuízo direto a determinados membros do seu próprio grupo e segue com a impetração do *writ*.

³⁴⁹ STJ, RMS 19935/SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 17.10.2005.

³⁵⁰ STJ, RMS 23.868/ES, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 30.8.2010; STJ, RMS 41.395/BA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 9.5.2013.

³⁵¹ Repita-se: não nos referimos ao caso de conflituosidade interna, mas sim à certeza de prejuízo de parte de alguns membros do grupo. Contudo, sobre o tema da conflituosidade, concordamos com Hermes Zaneti: “portanto, a relevância da observação de que pode ocorrer ‘contradição interna’ de interesses na categoria não chega a ser suficiente para afastar a utilização do mandado de segurança coletivo em benefício de parcela da mesma, visto que não se justifica a restrição de um medicamento pela possível, porém remota, superveniência de efeitos colaterais, porém, caso ocorra este conflito, deve prevalecer o interesse da maioria, sendo este o mais condizente com o direito fundamental. Essa leitura decorre da fundamental *affectio societatis* que une o grupo, categoria ou classe, com a prevalência do interesse social (do grupo ou coletivo) sobre os interesses individuais na propositura da ação.” (ZANETI JR, Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2013. pp. 172-173).

Acreditamos que a análise feita pelo Superior Tribunal de Justiça nos casos acima descritos, nos quais se percebe mais que uma divergência no seio do próprio grupo, foi correta e denota verdadeira aplicação do critério da representatividade adequada ao legitimado. Em síntese, se houver risco de prejuízo direto à esfera jurídica de terceiros pertencentes à classe substituída, a via do *mandamus* coletivo estará fechada ao impetrante, ainda que eventual concessão da ordem tenha o condão de beneficiar outra parte do grupo, categoria ou classe. Nesse caso, padecerá o legitimado de representatividade adequada para tutelar os interesses do grupo.

Por derradeiro, temos também que não será qualquer parte do grupo que fará jus à impetração do *mandamus*, mas uma parte que, à luz do princípio da proporcionalidade, justifique a tutela coletiva dos direitos. A demanda deverá se mostrar útil, voltada a otimizar os recursos do Poder Judiciário, fazendo com que seja dispensado tratamento isonômico a casos idênticos.³⁵²

4.3.4 Questões específicas sobre alguns legitimados

Em razão do amplo rol de legitimados para a impetração do mandado de segurança, importa tecer alguns breves comentários acerca de alguns deles, a fim de jogar luz em alguns aspectos peculiares de suas respectivas atuações. Antes de prosseguirmos, ressaltamos que o pleito dos impetrantes poderá compreender todos os direitos tuteláveis pela via mandamental coletiva (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), desde que atendam ao requisito da representatividade adequada. Essa leitura conjunta entre legitimidade e representatividade adequada é indissociável a qualquer dos legitimados, conforme destacamos acima (*supra*, tópico 4.2). Para o *writ* coletivo, entretanto, é sob a denominação de “pertinência temática” que a representatividade adequada mais se verifica.³⁵³

4.3.4.1 Ministério Público

³⁵² ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. São Paulo: RT, 2013. pp. 144-145.

³⁵³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 42-43.

O Ministério Público não foi declinado nas alíneas do art. 5º, inc. LXX, da CF/88, tampouco no art. 21 da Lei 12.016/2009, como legitimado para impetração do mandado de segurança coletivo no rol exemplificativo constante de tais dispositivos. Existe o PL 222/2010, atribuída ao Senador Valter Pereira, que tenta ampliar esse rol e incluir outros legitimados. No entanto, enquanto a lei expressa não chega, o fundamento de validade da legitimação do *parquet* é obtido pelo diálogo das fontes e pelo microsistema de tutela coletiva, o que possibilita a integração normativa da Lei do Mandado de Segurança para fazer constar quem lá não estava (*supra*, n. 4.3.3.2). Há também quem sustente a existência de “legitimidade conglomerante”, embora a essência do nosso pensamento seja exatamente a mesma: impedir que o Ministério Público seja alijado de perseguir a tutela dos direitos coletivos pela via do *writ*.³⁵⁴

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nunca enfrentou diretamente a questão acerca da legitimidade do Ministério Público para a impetração do *writ* coletivo, mas são raras as referências à Corte como se fosse adepta da tese. Em *obiter dictum*, essa assertiva ficou assentada na ementa de alguns julgados.³⁵⁵ Na doutrina, entretanto, há vozes expressamente favoráveis à legitimação do Ministério Público.³⁵⁶

A instituição tem como sua missão constitucional a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, caput, da CF/88), bem como “a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, da CF/88). Sua Lei Orgânica (Lei 8625/1993), a seu turno, atribui ao *parquet* (dos Estados)³⁵⁷ atribuições para, além da proteção, a “prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor,

³⁵⁴ ZANETI JR, Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2013. p.195.

³⁵⁵ STJ, AgRg no Ag 1249132 / SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 9.9.2010; STJ, REsp 904548 / PR, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 17.12.2008; STJ, REsp 974489 / PE, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 21.5.2009.

³⁵⁶ TESHEINER, José Maria Rosa. Mandado de segurança coletivo. *Revista de Processo*, ano 35, n. 182, p. 15, abril de 2010. CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. Art 21. In _____. (coord.). *Mandado de Segurança individual e Coletivo: a Lei nº 12.016/2009 Comentada*. Niterói: Impetus, 2010. pp. 130-131. ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p.330. BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 42-43. DONIZETTI, Elpidio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 431-433. ZANETI JR, Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2013. pp.192-195. CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane. Legitimidade do Ministério Público para impetrar mandado de segurança coletivo. *Revista de processo*, ano 37, vol. 203, p. 131, jan-2008. ZUFELATO, Camilo. Da legitimidade ativa ope legis da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo. *Revista de processo*, ano 37, vol. 203, p. 329, jan-2012. BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTR, 2010. pp. 1184-1185.

³⁵⁷ No caso do Ministério Público Federal, a Lei Complementar 75/1993 traz normas semelhantes às da Lei 8625/1993 (vide art. 6º, inc. VII e suas alíneas).

aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos” (art. 25, inc. IV, alínea “a”). Também é função do Ministério Público instaurar o inquérito civil e propor a ação civil pública “para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem” (art. 25, inc. IV, alínea “b”).

Diante da existência de todas essas normas, fica difícil negar legitimidade a quem detém tantas atribuições no sentido de garantir que a coletividade tenha os seus direitos observados. No entanto, esse tema já foi enfrentado e temos como certa a legitimação do *parquet* para a impetração do *mandamus* para a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A peculiaridade reservada ao Ministério Público em relação à defesa de direitos coletivos pela via mandamental reside na tutela de direitos individuais homogêneos (mesmo debate travado nas demais ações coletivas): neste caso, alguns autores visualizam uma clara aplicação, protagonizada pela jurisprudência, do critério da representatividade adequada.³⁵⁸ Isso porque o art. 127, da Constituição de 1988, prevê que incumbe ao Ministério Público a defesa dos interesses individuais *indisponíveis* – o que, por coerência, impediria a propositura de demandas coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos *disponíveis*.³⁵⁹ O Ministério Público Paulista, em reação a esse posicionamento, editou a “Súmula de Entendimento n. 7”, na qual o órgão consolida, internamente, a possibilidade de propositura de demandas coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos de relevante interesse social, pouco importando se disponíveis ou indisponíveis.³⁶⁰

³⁵⁸ Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*: processo coletivo (arts.81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II. p.99.

³⁵⁹ Nesse sentido, segue a voz da doutrina de Rodolfo De Camargo Mancuso, com a qual, no ponto, discordamos por entendermos ser despicinda a discussão sobre a disponibilidade diante do interesse social: “Ainda quanto aos individuais homogêneos, quando o autor da ação coletiva seja o Ministério Público, surge ainda um *plus*, que é a demonstração da indisponibilidade do interesse em lide, por conta do disposto no art. 127 da CF.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*: conceito e legitimação para agir. 7. ed. São Paulo: RT, 2011. p.81).

³⁶⁰ Súmula de Entendimento nº 7 do MP Paulista – “O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos de consumidores ou de outros, entendidos como tais os de origem comum, nos termos do art. 81º, III, c/c o art.82, I, do CDC, aplicáveis estes últimos a toda e qualquer

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido que o *parquet* é parte legítima para propor ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos *disponíveis*, desde que se afigure relevante *interesse social*.³⁶¹ O Supremo Tribunal Federal está enfrentando essa matéria para os casos de Seguro DPVAT, com voto favorável à tese da legitimação do *parquet*, da lavra do Min. Teori Zavascki, embora o julgamento ainda esteja em curso.³⁶² A exemplo do que ocorre com a dispensa da pré-constituição de um ano da associação para a propositura de demandas coletivas – prevista no art. 82, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor –, esse controle da legitimação, por parte do juiz, constitui emprego do critério da representatividade adequada.³⁶³

Ação coletiva que é, o mandado de segurança coletivo também é permissivo à tutela de direitos individuais homogêneos, disponíveis ou indisponíveis, mas de relevante interesse social.

Em razão da inaplicabilidade das vedações impostas pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/1985, ao *writ* coletivo (*supra*, n. 2.4), será perfeitamente viável a impetração deste, por parte do Ministério Público, no intuito de garantir tutela jurisdicional aos contribuintes de um tributo específico (direito coletivo em sentido estrito, até pela relação dos titulares com a parte contrária).³⁶⁴ Nesse sentido, a jurisprudência que veda a legitimação do *parquet* para as demais ações coletivas³⁶⁵ não servirá ao *mandamus* da coletividade, justamente porque a Lei 12.016/2009 não fez qualquer restrição quanto a isso

ação civil pública, nos termos do art.21º da LAC 7.347/85, que tenham relevância social, podendo esta decorrer, exemplificativamente, da natureza do interesse ou direito pleiteado, da considerável dispersão de lesados, da condição dos lesados, da necessidade de garantia de acesso à Justiça, da conveniência de se evitar inúmeras ações individuais, e/ou de outros motivos relevantes”.

³⁶¹ STJ, AgRg no AREsp 246671 / DF, Rel. Min Luis Felipe Salomão, 4a Turma, Dje 27.6.2013; STJ, AgRg no REsp 1174005 / RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6a Turma, DJe 1.2.2013; STJ, AgRg no REsp 1213329 / RS, Rel. Min. Laurita Vaz, 5a Turma, DJe 10.10.2011; STJ, REsp 1220835 / RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, DJe 9.6.2011; STJ, AgRg no REsp 938951 / DF, Rel. Min. Humberto Martins, 2a turma, DJe 10.3.2010.

³⁶² STF, RE 631111/GO, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 7.8.2014 (ainda em curso), informativo 753 (STF), Brasília, 1º a 8 de agosto de 2014.

³⁶³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 42-43.

³⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*: processo coletivo (arts.81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II. p.75.

³⁶⁵ STF, RE 206781 / MS, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª turma, julgado em 6.2.2001; STF, RE 604481 AgR / DF, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª turma, julgado em 16.10.2012; STF, AI 327013 AgR / MG, Rel. min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, 6.4.2010; STF, RE 248191 AgR / SP, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, 1.10.2002; STF, RE 213631 / MG, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 9.12.1999.

e também porque, na tutela individual, o *writ* é tradicionalmente empregado para discussão de matéria tributária.

Também é importante destacar que o Ministério Público poderá ser um grande aliado da coletividade no que disser respeito à tutela de direito difuso. Os exemplos que até aqui fornecemos foram o de anulação de ato coator que permite alteração de fachada de imóvel tombado pelo patrimônio histórico e a impugnação de edital de licitação que não prevê o início do certame com audiência pública (na hipótese do valor envolvido exceder aquele previsto no art. 39, da Lei 8.666/1993). Portanto, é ampla a possibilidade de atuação do *parquet* quando da utilização do *mandamus* coletivo.

4.3.4.2 Defensoria Pública

Enquanto a lei não corrige o equívoco da ausência de atribuição de legitimidade da Defensoria Pública para a impetração do *writ* coletivo, é preciso rememorar que nem sempre ação civil pública contemplou o órgão como legitimado – o inciso II, da Lei 7.347/65, só foi incluído em 2007, pela Lei 11.448. Contudo, a legitimação da Defensoria para a ação civil pública, para a tutela de quaisquer direitos coletivos (difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos) era “reconhecida antes mesmo do advento da Lei 11.448/2007, dada a relevância social (e jurídica) do direito que se pretende tutelar e do próprio fim do ordenamento jurídico brasileiro: assegurar a dignidade da pessoa humana”.³⁶⁶ Logo, é possível afirmar que a situação normativa da Defensoria Pública em relação à legitimidade para o *mandamus* coletivo é idêntica àquela existente em relação à ação civil pública antes da Lei 11.448/2007, inclusive em relação à consequência que advém dessa omissão: os tribunais não podem negar ao referido órgão a possibilidade de impetração do *writ*, pois a hipótese decorre do sistema (emprego da teoria do diálogo das fontes em relação ao microsistema de tutela coletiva – *supra*, n. 4.3.3.2).

O art. 134 da Constituição Federal estabelece que a Defensoria Pública constitui instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe, como “instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção

³⁶⁶ STJ, REsp 1106515 / MG, Rel. Min Arnaldo Esteves Lima, 1ª Turma, DJe 2.2.2011.

dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados”. Emerge então, para o mandado de segurança coletivo, um critério de pertinência temática específico, típico da representatividade adequada da Defensoria Pública: o *writ* coletivo deverá ser impetrado em favor dos necessitados.

No entanto, o que deve ser compreendido por “necessitados”? Ada Pellegrini Grinover anota que esse é um conceito indeterminado, que deve ser compreendido de forma mais ampla, a fim de propiciar maior acesso à justiça, abrangendo, inclusive, os necessitados do ponto de vista “organizacional”.³⁶⁷ É consentâneo à visão da autora o pensamento de Antonio Herman Benjamin, que faz alusão aos “carentes”, aos “hipossuficientes”, os “desamparados” e aos “hipervulneráveis”, defendendo, que “não se há de contar nos dedos o número de sujeitos necessitados concretamente beneficiados. Basta um juízo abstrato, em tese, acerca da extensão subjetiva da prestação jurisdicional, isto é, da capacidade de favorecer” os necessitados, ainda que sem a exclusividade deles.³⁶⁸ Existe doutrina que estende o conceito para os necessitados em termos (sócio) ambientais, como, por exemplo, os “refugiados ambientais”.³⁶⁹

Aliás, esse juízo acerca da representatividade adequada – ou seja, se a ação coletiva abrange os “necessitados” – também ocorre em outras demandas coletivas. Consoante o exposto acima (supra, n. 4.2), em julgado do Superior Tribunal de Justiça, entendeu-se que tal requisito não fora preenchido pela Defensoria Pública, visto que o grupo substituído (beneficiários de planos de saúde), não foi enquadrado como “necessitado”, em razão de sua situação financeira permitir o custeio de dado benefício.³⁷⁰ Embora seja pacífico, naquela Corte, o entendimento de que a Defensoria Pública tem legitimidade para propor

³⁶⁷ “Assim, mesmo que se queira enquadrar as funções da Defensoria Pública no campo da defesa dos necessitados e dos que comprovarem insuficiência de recursos, os conceitos indeterminados da Constituição autorizam o entendimento – aderente à idéia generosa do amplo acesso à justiça – de que compete à instituição a defesa dos necessitados do ponto de vista organizacional, abrangendo portanto os componentes de grupos, categorias ou classes de pessoas na tutela de seus interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Legitimação da Defensoria Pública à Ação Civil Pública. In GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; VIGORITI, Vincenzo (org.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: RT, 2014. p. 467).

³⁶⁸ BENJAMIN, Antonio Herman. A legitimidade da Defensoria Pública à ação civil pública. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; VIGORITI, Vincenzo (org.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: RT, 2014. p. 935.

³⁶⁹ FENSTERSEIFER, Tiago. A legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública ambiental. In GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; VIGORITI, Vincenzo (org.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: RT, 2014. pp. 537-540.

³⁷⁰ STJ, REsp 1192577 / RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 15.8.2014.

ações coletivas na defesa de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos,³⁷¹ a legitimidade conferida pelo ordenamento jurídico (*ope legis*) pode esbarrar no critério da representatividade adequada (*ope judicis*) e impossibilitar a impetração do *mandamus*.

No entanto, em brilhante estudo em defesa da legitimação do órgão para o mandado de segurança coletivo, Camilo Zufelato, assenta que “para que haja a autorização constitucional de atuação da Defensoria Pública nas demandas coletivas é *conditio sine qua non* que pelo menos parte do grupo seja de hipossuficientes”.³⁷² Nesse sentido, é irrelevante que a decisão atingirá grupo que não se enquadra na condição de “necessitados”, desde que existam necessitados.

Concluimos, então, que o sistema jurídico confere legitimidade à Defensoria Pública para a impetração do *writ* para quaisquer espécies de direitos coletivos. No entanto, atenção redobrada merece o requisito da representatividade adequada, visto que, em relação ao órgão, existirão aqueles que contarão nos dedos o número de “necessitados” ou que discutirão os parâmetros para esta qualificação, no intuito de desprestigiar a tutela coletiva instrumentada pela Defensoria Pública para a impetração do *mandamus* coletivo.

4.3.4.3 Partido Político

Ao contrário do que ocorre com outros dois legitimados anteriormente expostos, a legitimação extraordinária dos partidos políticos para o *writ* há muito foi consagrada pela CF/88 (art. 5º, LXX, alínea “a”), repercutindo também na Lei 12.016/2009 (art. 21, *caput*). Nesse sentido, serão desnecessários quaisquer comentários acerca da previsão normativa dessa legitimação, pois o partido político foi com ela contemplado. O caminho mais acertado, ainda que ora impertinente, seria o inverso: defender a legitimação do partido político para as demais ações coletivas, a partir da legitimação a ele conferida para o mandado de segurança coletivo (e também para as ações de controle concentrado de

³⁷¹ Precedentes: STJ, REsp 1.275.620/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22.10.2012; STJ, AgRg no AREsp 53.146/SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 5.3.2012; STJ, REsp 1.264.116/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turmas, DJe 13.4.2012; STJ, REsp 1.106.515/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 2.2.2011; STJ, AgRg no REsp 1.000.421/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe 1.6.2011.

³⁷² ZUFELATO, Camilo. Da legitimidade ativa *ope legis* da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo. *Revista de processo*, ano 37, vol. 203, p. 341, jan-2012.

constitucionalidade, vide o art. 103, inc. VIII, da CF/88).³⁷³ Então, como se observa, os debates aqui serão outros. A jurisprudência e a doutrina divergem sobre algumas nuances dos requisitos para que a legitimação do partido político para o *writ* seja concretizada. Antes de adentrarmos no tema, porém, é de curial relevância fazer uma análise sobre o conceito de “partido político”.³⁷⁴

Embora o art. 17 da CF/88 verse sobre a criação e os preceitos que o regem, é o art. 1º da Lei 9.096/1995 que define partido político como pessoa jurídica de direito privado que “*destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal*”. Para o que interessa aos fins deste trabalho, observa-se que a definição legal prestigia o partido político como amplo defensor da ordem jurídica (o que incluirá a defesa dos direitos coletivos em sentido amplo), haja vista ser ele guardião do “interesse do regime democrático”, da “autenticidade do sistema representativo” e da observância dos “direitos fundamentais”.

A doutrina, a seu turno, enxerga no partido político “uma forma de agremiação de um grupo social que se propõe organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular com o fim de assumir o poder para realizar seu programa de governo”.³⁷⁵ Nota-se, então, que o partido político, além de estar incumbido de defender o interesse democrático, o sistema representativo e os direitos fundamentais, deverá primar pela concretização da vontade popular, sendo esta representada por um grupo social organizado. Ainda que sejam, de certo modo, entidades associativas, os partidos políticos, de forma distinta “das demais associações, cujo objeto está voltado para dentro de si mesmas, já que ligado diretamente aos interesses dos associados, os partidos políticos visam a objetivos externos, só remotamente relacionados a interesses específicos de seus filiados”.³⁷⁶

Feito esse introito, evoluindo na construção aqui erigida, o art. 21 da Lei 12.016/2009 tratou da legitimidade para a impetração do *mandamus* pelo partido político

³⁷³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 44.

³⁷⁴ Para uma análise histórica e conceitual acerca dos partidos políticos (antes do advento da Lei 9.096/1995) vide: BUZAI, Alfredo. *Considerações sobre o mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1992. pp. 70-97.

³⁷⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. Malheiros: São Paulo, 2007. p. 394.

³⁷⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 196.

da seguinte maneira: “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária”. A redação do dispositivo não é das melhores, o que faz com que a doutrina divirja a respeito da sua interpretação. As perguntas principais que devem ser colocadas são: (i) há limitação objetiva da legitimidade em relação aos direitos tutelados (difusos, coletivos ou individuais homogêneos)? (ii) há limitação subjetiva da legitimidade (a impetração cabe apenas para direitos dos membros da agremiação partidária)? A resposta para ambas as perguntas é negativa.

Passamos, então, a analisar a norma à luz desses dois enfoques.

No que diz respeito à suposta limitação objetiva à legitimidade da impetração do *writ* coletivo pelo partido político, é preciso salientar que os incisos do parágrafo único do art. 21, que tratam dos direitos tuteláveis pelo *writ* coletivo, não fazem ressalvas a um ou outro legitimado que os impeça de postular direito coletivo de dada espécie. Dessa sorte, ao menos em tese, quaisquer legitimados, inclusive a agremiação partidária, podem imperar o *writ* para buscar a tutela de quaisquer direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. O “interesse legítimo” – expressão que não encontra paralelo em outras normas – significará, então, qualquer direito coletivo, afinal, conforme posicionamento externado acima (*supra*, 2.4.3), deixamos claro que, ao menos para o ordenamento jurídico pátrio, decifrar o que o legislador entende por “interesse” é tarefa inócua. Interesse juridicamente tutelado é direito.³⁷⁷

Verificamos também que não são impostas restrições dessa ordem (objetiva) na Constituição de 1988 (art. 5º, inc. LXX, alínea “a”). Há muito a doutrina já se posiciona no sentido de que, quanto ao partido político, “a legitimação é ampla e só pode sofrer a restrição decorrente do texto constitucional, consistente na falta de representação no Congresso Nacional”.³⁷⁸ Desse modo, como a Constituição não limita os direitos (interesses) a serem tutelados pelo mandado de segurança coletivo “impetrado por partido

³⁷⁷ Cassio Scarpinella Bueno também entende ser despropositada essa busca pelo conceito de “interesse legítimo”. (BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do Mandado de Segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp.160-163). A seu turno, Carreira Alvim pensa existir um grande hiato entre os conceitos de direito e interesse. (ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. pp. 298-299).

³⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação, objeto e coisa julgada. *Revista de Processo*, ano 15, n.58, p. 76, abril-junho de 1990.

político, é equivocado, porque restritivo, o entendimento de que a lei poderia limitá-los à tutela jurisdicional dos direitos (interesses) dos membros dos partidos políticos”.³⁷⁹

Ainda dentro do tema das falsas limitações objetivas impostas à legitimidade do partido político para o *writ*, é preciso chamar a atenção para o critério da “pertinência temática” (representatividade adequada) aplicável à espécie, o que demanda o estudo da expressão “finalidade partidária”, à qual faz alusão a Lei 12.1016/2009 e que não encontra equivalência com o texto Constitucional. Para a compreensão do termo é possível adotar dois caminhos convergentes: (i) analisar o programa partidário e o estatuto; e (ii) verificar o que lei define como objetivos do partido político. Trata-se, portanto, de tarefa já identificada na doutrina como árdua e sujeita a interpretações diversas.³⁸⁰

Os partidos políticos brasileiros não têm apego ao programa partidário (mudam-no com constância) e, não raras vezes, possuem estatutos genéricos. A falta de fidelidade ideológica, exceto em casos muito específicos, nos quais as posições dos partidos são bem delineadas, praticamente inviabiliza um exame de pertinência temática a partir do conteúdo programático e estatutário, pois praticamente todas as matérias estão neles contempladas.

Conclusão não muito diferente se extrai da lei. Para tanto, será imperioso ler o art. 21 da Lei 12.016/2009 em conjunto com o art. 17 da CF/88 c/c art. 1º da Lei 9.096/1995.³⁸¹ Nesse sentido, a expressão “finalidade partidária” deverá ser entendida de forma abrangente, para além do estatuto da agremiação partidária, contemplando a defesa do “interesse do regime democrático”, da “autenticidade do sistema representativo” e da observância dos “direitos fundamentais”. Nota-se que a própria lei faz menção a expressões vagas que, sem muito esforço argumentativo, respaldariam a pertinência temática para qualquer *mandamus*.

³⁷⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do Mandado de Segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 162.

³⁸⁰ “Essa limitação é um tanto ruim, já que haverá grande discussão em torno do que pode ser considerado ou não um “fim institucional” do partido político. Sabe-se que, em muitos casos, os fins institucionais de um partido político, constantes de seus documentos constitutivos, são um tanto amplos e muito próximos daquilo que se costuma enquadrar como direitos difusos. Por outro lado, é salutar e relevante deixar que os partidos políticos passem a atuar na defesa de direitos difusos, permitindo que a sociedade gradativamente busque a defesa de direitos que pertencem a todos indistintamente.” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Aspectos polêmicos da Nova Lei do Mandado de Segurança Lei n. 12.016/09*. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?novo-cpc-2>>. Acesso em 27 de outubro de 2014).

³⁸¹ FERRARESI, Eurico. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 107.

De tão amplo o filtro da “finalidade partidária”, não seria absurdo afirmar que ao partido político é tão mínima a incidência do critério da pertinência temática ao ponto da exigência de tal critério quase desaparecer.³⁸² Esse entendimento, aliás, é praticado pelo Supremo Tribunal Federal em relação às ações de controle concentrado nas quais a Corte assenta ser lícito ao partido, com representação no Congresso Nacional, arguir “a inconstitucionalidade de atos normativos federais, estaduais ou distritais, independentemente de seu conteúdo material, eis que não incide sobre as agremiações partidárias a restrição jurisprudencial derivada do vínculo de pertinência temática”.³⁸³ É evidente que o mandado de segurança coletivo é instituto bem distinto das ações de controle concentrado, até porque não se volta para discussão de lei ou ato normativo (em tese), mas essa noção de não incidência do critério da pertinência temática ao partido político poderia ser aproveitada.

Contudo, dentro da própria Corte Suprema a pertinência temática foi exigida para a agremiação partidária para impetração do *writ* coletivo, ou seja, poder “o mais” nas ações de controle concentrado não conferiu ao partido político poder “o menos” no mandado de segurança coletivo.³⁸⁴ Também o Superior Tribunal de Justiça adota entendimento restritivo.³⁸⁵

Em nosso entendimento, a representatividade adequada, ou melhor, a pertinência temática aplicável ao *mandamus* coletivo impetrado por partido político deverá ser exigida, até mesmo para atender às decisões das Cortes Extraordinárias a esse respeito. A baliza desse requisito será a imposição de ônus argumentativo à agremiação para que, *no caso concreto*, justifique a sua “finalidade partidária”, tanto a partir do programa/estatuto quanto a partir da lei (art. 21 da Lei 12.016/2009, art. 17 da CF/88 e art. 1º da Lei 9.096/1995). Em outras palavras, o juiz, em cada caso, apreciará se as razões que movem a impetração

³⁸² Em sentido contrário: “se mostra oportuno anotar que a pertinência temática é inerente à atuação dos legitimados coletivos, podendo ser extraída do próprio sistema processual coletivo. Por essa premissa, não haveria motivo que no mandado de segurança (que é uma ação inserida no sistema processual coletivo) houvesse tratamento distinto”. (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.453).

³⁸³ STF, ADI 1407 MC / DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 7.3.1996.

³⁸⁴ STF, RE 196184 / AM, Rel. Min. Ellen Gracie, Primeira Turma, julgado em 27.10.2004.

³⁸⁵ STJ, RMS 2423 / PR, Min. Luiz Vicente Cernicchiar, 6ª Turma, DJ 22.11.1993.

do *writ* pelo partido têm confluência ou com seu conteúdo programático/estatutário,³⁸⁶ ou com o “interesse do regime democrático”, ou com a “autenticidade do sistema representativo”, ou com os “direitos fundamentais”. O filtro é amplíssimo, como acima expusemos, até porque não se espera restrição de garantias constitucionais.

Nesse sentido, o partido político está legitimado a impetrar mandado de segurança coletivo para a tutela de quaisquer direitos coletivos (difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos),³⁸⁷ desde seja observada a finalidade partidária – ou seja, separa-se análise da legitimidade e do seu complemento: a representatividade adequada. O partido político terá legitimidade para a defesa de qualquer direito, mas, no caso concreto, poderá não ter representatividade adequada, a depender do ônus argumentativo.

Isso significa que o partido político poderá impetrar mandado de segurança coletivo contra ato lesivo de autoridade coatora a direito coletivo em sentido estrito, como os de ordem tributária,³⁸⁸ desde que justificada a atuação a partir do seu programa/estatuto, ou das defesas do “interesse do regime democrático”, da “autenticidade do sistema representativo”, ou dos “direitos fundamentais”. Se, por exemplo, a agremiação fundamentar a impetração puramente em interesses econômicos, lhe faltará pertinência temática, afinal, não é da finalidade partidária essa missão. Contudo, se o questionamento do tributo se der em razão do caráter confiscatório, afetando o direito de propriedade da coletividade (art. 5º, inc. XXII da CF/88), o critério da pertinência temática estará atendido, visto que é atribuição do partido político zelar pela observância dos direitos fundamentais. Vale ressaltar que, embora sejamos receptivos à ideia, o Supremo Tribunal Federal já negou, em mais de uma oportunidade, que os partidos políticos impetrassem o mandado de segurança coletivo para essa fins tributários.³⁸⁹

³⁸⁶ Nesse sentido: MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de Segurança individual e Coletivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 200.

³⁸⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. Mandado de segurança coletivo. *Revista de processo*, ano 15, n. 57, pp. 156-157, jan-mar de 1990.

³⁸⁸ “À primeira vista, fica a parecer que o interesse legitimador do partido político seria o da comunidade partidária, relacionado com os direitos políticos respectivos, mas a lei não faz restrição alguma, o que importa firmar que, sempre que houver ofensa ou ameaça a direitos individuais, atingindo, no geral, a coletividade, o partido político poderá interpor o mandado de segurança. Seria a hipótese, por exemplo, da criação inconstitucional de tributos”. (SANTOS, Ernane Fidélis dos. Mandado de segurança individual e coletivo (legitimação e interesse). In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990. p.132).

³⁸⁹ CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DE PARTIDO POLÍTICO. IMPUGNAÇÃO DE EXIGÊNCIA TRIBUTÁRIA. IPTU. 1. Uma exigência tributária configura interesse de grupo ou classe de pessoas, só

Passamos agora às supostas limitações subjetivas supostamente imposta à legitimação do partido político para o *writ* coletivo. A pergunta a ser respondida é: cabe a impetração do mandado de segurança coletivo apenas para os filiados da agremiação partidária?

Alguns autores entendem que o art. 21 da Lei 12.016/2009 limita sim, indistintamente, a atuação do partido político em proveito exclusivo de seus filiados.³⁹⁰ Outros, entendem que, em razão dessa restrição, é imperiosa a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo, visto que a Constituição Federal (art. 5º, LXX, alínea “a”) não obstou a atuação desse legitimado para o *mandamus*, afora a óbvia violação ao princípio do acesso à justiça que desse tolhimento resultaria.³⁹¹

A doutrina majoritária, com a qual concordamos, entende estar ausente qualquer limitação subjetiva à legitimação do partido político,³⁹² logo, a agremiação estará legitimada para a tutela de direitos da coletividade, amplamente considerada e não apenas

podendo ser impugnada por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Precedente: RE nº 213.631, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 07/04/2000. 2. O partido político não está, pois, autorizado a valer-se do mandado de segurança coletivo para, substituindo todos os cidadãos na defesa de interesses individuais, impugnar majoração de tributo. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido. STF, RE 196184 / AM, Rel. Min. Ellen Gracie, Primeira Turma, julgado em 27.10.2004.

³⁹⁰ A favor da restrição do *mandamus* aos filiados: MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. pp.136-137 (ver nota 305).

³⁹¹ FERRARESI, Eurico. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. pp. 104-108. TESHEINER, José Maria Rosa; ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Partes e legitimidade nas ações coletivas. *Revista de Processo*, RePro 180, ano 35, pp.09-40, fev. 2010.

³⁹² Contrários à restrição da atuação do partido político aos filiados: PAULA, Adriano Perácio de. Do procedimento do mandado de segurança coletivo. In BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos*. São Paulo: RT, 2002. pp. 30-31. BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do Mandado de Segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp.160-163. ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. pp. 298-300. TESHEINER, José Maria Rosa; ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Partes e legitimidade nas ações coletivas. In: *Revista de Processo*. RePro 180, ano 35, pp. 09-40, fev. 2010. ZAVASCKI, Teori. Comentários ao art. 21. In MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org.). *Comentários à nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. pp. 280-283. FERRARESI, Eurico. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. pp. 104-108. AMARAL, Paulo Osternack; SILVA, Ricardo Alexandre. Mandado de Segurança Coletivo. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 105, p. 97, 2011. pp. 91-92. ZANETI JR, Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2013. pp. 143-157. CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o mandado de segurança coletivo, nos termos da Lei 12.016/2009. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; VIGORITI, Vincenzo (org.). *Processo coletivo*. São Paulo: RT, 2014. pp. 269-271. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 368-369. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei do mandado de segurança comentada artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. pp. 380-383. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. pp. 42-44. NERY JÚNIOR, Nelson. Mandado de segurança coletivo. *Revista de processo*, ano 15, n. 57, pp. 156-157, jan-mar de 1990.

dos seus filiados. Essa confusão foi causada pela má redação do art. 21, *caput*, da Lei 12.016/2009. Este dispositivo, sem qualquer necessidade, resolveu deixar claro o óbvio: o partido político *também* poderá impetrar mandado de segurança coletivo para tutela de direitos de seus filiados. O raciocínio a ser feito é: o partido impetrará mandado de segurança para tutela de qualquer direito coletivo, desde que comungue com a finalidade partidária, “independente de a impetração buscar tutela jurisdicional (mesmo coletiva) de seus próprios integrantes”.³⁹³ A amplitude dos objetivos das agremiações é tamanha que não seria razoável que o partido buscasse o benefício exclusivo dos interesses dos seus próprio filiados³⁹⁴ – visão que até confrontaria com a busca do interesse democrático.

Ultrapassadas as discussões sobre os óbices objetivos e subjetivos à impetração do *writ* pelo partido político, lançamos uma outra questão: partidos com representação exclusiva nas casas legislativas municipais ou estaduais podem impetrar o *mandamus* coletivo?

A única exigência prevista em âmbito constitucional é a de representação no Congresso Nacional. Nesse sentido, é suficiente a existência de um deputado federal ou de um senador para que a impetração do *mandamus* coletivo seja viável. A doutrina diverge sobre se o requisito se atém à representação no Congresso Nacional, ou se é extensivo às Assembleias Legislativas e/ou Câmaras de Vereadores.

Para parte da doutrina, favorável à tese, as diferentes realidades entre os entes federativos seriam simplesmente ignoradas se a *legitimatatio ad causam* ficasse restrita ao partido com representação no Congresso Nacional. Em outras palavras, para os que entendem dessa maneira, as questões de abrangência municipal ou estadual não estariam devidamente defendidas.³⁹⁵ Em reforço a essa posição, há os que sustentam que a maior proximidade dos membros do diretório local ou estadual do partido os tornaria mais aptos à impetração do *mandamus* para a tutela de direitos com o mesmo alcance, o que seria consequência do emprego do critério da representatividade adequada.³⁹⁶ Por esse

³⁹³ BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do Mandado de Segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.162.

³⁹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 368-369.

³⁹⁵ FAVRETO, Rogerio; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Art. 21. In GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (et al.). *Comentário à Lei do Mandado de Segurança*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 218.

³⁹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 370-371.

raciocínio, a legitimidade deverá ser atribuída ao partido com representação no Legislativo de quaisquer entes da federação e “que tenha maior vinculação com o problema: se o tema é federal, ao diretório nacional; se for estadual, ao diretório estadual; e, caso seja municipal, ao respectivo diretório municipal.”³⁹⁷

Não concordamos com essa transposição da única exigência estabelecida pelo texto constitucional.³⁹⁸ O partido político deve demonstrar um mínimo de solidez, até porque são superlativos os aspectos subjetivos e objetivos da sua legitimação. Por isso é que esse limite se justifica. O *mandamus* só será impetrado, pela agremiação partidária, se sufragado o nome de pelo menos um de seus representantes para o exercício de mandato eletivo na Câmara ou no Senado, no intuito de implementar o ideal do partido em todo o país. A atuação da agremiação, por determinação do art. 5º da Lei 9.096/1995, “tem caráter nacional e é exercida de acordo com seu estatuto e programa, sem subordinação a entidades ou governos estrangeiros”. Isso não quer dizer que está excluída a hipótese de impetração do *mandamus* para defesa de direitos coletivos relacionados à situação jurídica peculiar de dado Município ou Estado. A atuação nacional compreende os demais entes federativos, não se restringindo às matérias relacionadas à União.

A seu turno, a análise da representatividade adequada a partir da maior proximidade entre o diretório municipal e o diretório estadual com questões relativas às suas áreas de abrangência, ainda que elogiável, compreende apenas um dos aspectos do fenômeno. Os defensores da tese olvidam da necessidade do “porta voz” do grupo ser um verdadeiro “campeão” que garanta a melhor defesa dos interesses da coletividade.³⁹⁹ Pela perspectiva do sistema, é o partido político com representação no Congresso Nacional que tem, presumidamente, esse vigor para uma atuação amplíssima.

³⁹⁷ FAVRETO, Rogerio; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Art. 21. In GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (et al.). *Comentário à Lei do Mandado de Segurança*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 218.

³⁹⁸ “Por esse motivo o legislador constituinte entendeu restringir a legitimação aqueles que tivessem representantes no Congresso Nacional. Não poderiam os partidos políticos sem representação federal, ou seja, relevância nacional, atender à obrigação magna, que, como se verá, foi-lhes outorgada pelo art. 5º, LXX, qual seja, a de zelar pela ‘legalidade objetiva’ dos atos do Poder Público que envolvam direitos coletivos lato sensu.” ZANETI JR, Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2013. pp. 145-146. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei do mandado de segurança comentada artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 383. AMARAL, Paulo Osternack; SILVA, Ricardo Alexandre. Mandado de Segurança Coletivo. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 105, p. 92, 2011.

³⁹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi*. Padova: Cedam, 1976. p. 201.

Outro questionamento recorrente na doutrina diz respeito ao que deve ocorrer com o *mandamus* coletivo em caso de perda da representação do partido político nas casas legislativas. Trata-se de caso diverso daquele em que o candidato eleito renuncia ou migra de legenda partidária, hipótese que não terá quaisquer consequências para o *writ* por ser o mandato eletivo de titularidade do partido político e não do candidato (vide decisão do Supremo Tribunal Federal a esse respeito).⁴⁰⁰ Referimo-nos, então, à hipótese em que o partido político não consegue eleger novamente um representante.

Existe doutrina que prega a “perda superveniente da legitimidade ativa” e a extinção do processo nos termos do art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil.⁴⁰¹ No entanto, como acentuamos acima (*supra*, n. 4.2), legitimidade e representatividade adequada são critérios distintos. A legitimidade, como condição da ação, foi observada no momento da propositura da demanda (*writ*), de modo que houve perda da habilitação do partido político em conduzir o processo da melhor maneira possível para defesa dos interesses do grupo, categoria, ou classe, o que, dito de outro modo, significa que foi a representatividade adequada que se perdeu com a não reeleição do representante do partido. Não há dúvidas de que a extinção do processo poderia causar prejuízos enormes à coletividade. Eventuais intempéries que atinjam qualquer legitimado não podem abalar a tutela coletiva. Em não sendo o caso de aplicação do art. 267 do CPC, recorreremos ao microsistema de tutela coletiva e propomos que seja aplicado à espécie a mesma lógica das situações de abandono ou desistência da ação civil pública (art. 5º, § 3º da lei 7.347/1985). Assim, querendo, outro legitimado poderá assumir o posto deixado pelo partido político que perdeu o seu representante do Congresso Nacional. Essa é, a nosso ver, a melhor forma de tentar manter incólumes os interesses da coletividade (vide *infra*, n. 6.7).

4.3.4.4 Sindicatos

⁴⁰⁰ Segue trecho da ementa: “Questão constitucional consistente em saber se a vaga decorrente de renúncia a mandato parlamentar deve ser preenchida com base na lista de suplentes pertencentes à coligação partidária ou apenas na ordem de suplentes do próprio partido político ao qual pertencia o parlamentar renunciante. 1. A jurisprudência, tanto do Tribunal Superior Eleitoral (Consulta 1.398), como do Supremo Tribunal Federal (Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604), é firme no sentido de que o mandato parlamentar conquistado no sistema eleitoral proporcional também pertence ao partido político.” STF, MS 29988 MC / DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 9.12.2010.

⁴⁰¹ AMARAL, Paulo Osternack; SILVA, Ricardo Alexandre. Mandado de Segurança Coletivo. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 105, p. 91, 2011.

A legitimidade para o sindicato foi conferida pela Constituição Federal (art. 5º, LXX, alínea “b”) e pela Lei 12.016/2009 (art. 21, *caput*). Antes de existir qualquer ponto relevante acerca da *legitimidade ad causam*, há na jurisprudência um interessante embate no tocante à *legitimatio ad processum* do sindicato para a impetração do mandado de segurança coletivo: é necessário o registro no Ministério do Trabalho e Emprego para que o sindicato tenha capacidade ser parte ativa no *writ* ou bastará que tal formalidade seja realizada no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas? Passamos a enfrentar a questão.

A Constituição Federal e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) não definem o que é o sindicato. A doutrina, por sua vez, o conceitua como “a associação de pessoas físicas ou jurídicas que têm atividades econômicas ou profissionais, visando a defesa dos interesses coletivos e individuais dos seus membros ou da categoria”.⁴⁰² Também pode ser definido como “organização social constituída para, segundo um princípio de autonomia privada coletiva, defender os interesses trabalhistas e econômicos nas relações coletivas entre os grupos sociais”.⁴⁰³ A criação do sindicato é livre (art. 8º, *caput*, da CF/88) e sujeita a ato administrativo vinculado de registro (art. 8º, inc. I, da CF/88), ao contrário do que ocorria no período militar, quando essa chancela era discricionária. Nesse sentido, embora haja entendimento em sentido diverso,⁴⁰⁴ o ato do registro sindical, “como todo ato administrativo, deve ser fundamentado, para que o interessado possa saber o motivo pelo qual foi deferido ou indeferido o registro e possa impugnar a referida decisão”.⁴⁰⁵

O inciso I, do art. 8º da CF/88, a seu turno, previu que o registro deveria ser realizado no órgão competente, mas não estabeleceu qual seria esse órgão. A dúvida residia entre o Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas ou o Ministério do Trabalho e Emprego como passíveis de realizar a tarefa registral. Independentemente do órgão que prevalecesse, o aspecto mais importante da análise do pedido de registro era a averiguação

⁴⁰² MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 782.

⁴⁰³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1343.

⁴⁰⁴ “É desnecessária a prévia criação de associações, a investidura sindical pelo Ministério do Trabalho e emprego e o reconhecimento deste, Basta o registro.” (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1351).

⁴⁰⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 790.

do princípio da unicidade sindical (art. 8º, inc. II, da CF/88), a fim de impedir que mais de um sindicato abarque a mesma localidade ou a mesma categoria.⁴⁰⁶

Regra geral, qualquer pessoa jurídica deve ser registrada em cartório para que tenha personalidade jurídica, mas, no período pré-Constituição de 1988, os registros dos sindicatos eram realizados no Ministério do Trabalho e Emprego, que, por sua vez, fazia uma apreciação discricionária do pedido realizado pelo pretense sindicato. Com o advento da nova ordem constitucional, ausente a especificação do órgão responsável por tal tarefa, a questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal e culminou na edição do Enunciado 677 daquela Corte, cuja redação é a seguinte: “até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao ministério do trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade”.

De acordo com a decisão proferida em um dos precedentes que deram origem à súmula,⁴⁰⁷ os Cartórios de Registros de Pessoa Jurídica não teriam meios práticos de averiguar se o sindicato se encontra na mesma base territorial do outro. Essa incumbência caberia ao Ministério do Trabalho e Emprego, que já possuía os dados dos sindicatos até então existentes e, desse modo, poderia realizar melhor a tarefa de primar pelo princípio da unicidade sindical, sem prejuízo de lei posterior alterar essa dinâmica.

Ocorre que, mesmo após a edição do verbete sumular (sessão plenária de 24 de setembro de 2003), ainda existem decisões, no próprio Supremo Tribunal Federal, que consideram “que, para o sindicato possuir existência jurídica e atuar na defesa dos integrantes da categoria, exige-se o registro apenas no cartório de pessoas jurídicas, não se podendo cogitar outro subsequente no órgão do Ministério do Trabalho”.⁴⁰⁸ De outro lado, existem decisões, em sentido diametralmente oposto, que aplicam entendimento de que “a

⁴⁰⁶ “Só o Ministério do Trabalho, ou a quem for transferido o cadastro nacional das entidades sindicais, estará em condições de examinar os pedidos de registro sob a ótica do mandamento constitucional, que veda ‘a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, na mesma base territorial’.” (SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 573).

⁴⁰⁷ STF, MI 144 / SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, 3.8.1992.

⁴⁰⁸ STF, RE 370834 / MS, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, publicado em 26.9.2011. No mesmo sentido, mas no Superior Tribunal de Justiça: “a jurisprudência da 1ª Seção desta Corte é uníssona no sentido de que o sindicato adquire sua personalidade jurídica no momento de seu registro no Cartório de Registro de Títulos e Documentos e Registro Civil das Pessoas Jurídicas, sendo desnecessário o registro junto ao Ministério do Trabalho”. STJ, REsp 537672 / SP, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª turma, DJ 7.11.2006. Conferir ainda: STJ, RMS 15245 / DF, Rel. Min. Francisco Peçanha, 2ª Turma, DJ 4.10.2004; STJ, REsp 381118 / MG, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ 18.3.2002.

legitimação ativa da entidade para atuar como substituta processual no mandado de segurança coletivo pressupõe que ela esteja regularmente constituída e em funcionamento, o que não se admite quando não há o registro no Ministério do Trabalho”.⁴⁰⁹ Alguns pronunciamentos jurisdicionais sequer flexibilizam a existência de registro provisório no Ministério do Trabalho e Emprego, entendendo que seu caráter precário não garante o princípio da unicidade sindical, o que tornaria imprescindível, para a impetração do *mandamus*, o registro definitivo.⁴¹⁰

Em nosso entender, sem termos a pretensão de discutir qual é o momento em que o sindicato adquire personalidade jurídica (visto que a matéria foge aos limites do presente trabalho), cremos que se o mandado de segurança coletivo for impetrado por “sindicato” registrado apenas no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, a saída correta será enxergá-lo como associação, a quem também incumbe a legitimação para o *writ*.⁴¹¹ Se existe dúvida se o sindicato é classificado como tal a depender da forma de registro, certo é que o cumprimento dessa formalidade no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas lhe confere, ao menos formalmente, personalidade jurídica e caráter associativo, já que dotado de estatuto e de pessoas que manifestaram vontade de se reunir, valendo lembrar que na Lei de Registros Público não existe menção a “registro de sindicato”, mas tão somente às associações (art. 114, inc. II e art. 120, inc. I, ambos da Lei 6.015/1973).⁴¹² Observada essa formalidade, no mínimo, o pretense sindicato passa a existir para o mundo jurídico como associação. O que, a nosso ver, não é possível, é negar tutela jurisdicional a uma (inegável) associação que se identifica como (questionável) sindicato. Ao adotar esse entendimento, resolvido estaria o problema da *legitimatio ad processum*, afinal, o sindicato existiria na condição de associação. Também estaria solvido eventual questionamento

⁴⁰⁹ STJ, RMS 41881 / MS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 28.6.2013. No mesmo sentido, mas na doutrina: “apenas o registro do sindicato no cartório não lhe dará personalidade jurídica de entidade sindical, ante a necessidade do registro no Ministério do Trabalho, principalmente para a verificação da base territorial do sindicato que o cartório não tem condições de fazer”. (MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 790).

⁴¹⁰ STJ, RMS 32043 / MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 2.2.2012.

⁴¹¹ Observadas as peculiaridades do caso concreto, essa solução já foi observada no Tribunal de Justiça de São Paulo: TJSP, Apelação/Reexame Necessário n. 0051020-22.2010.8.26.0053, Rel. Des. Teresa Ramos Marques, 10ª Câmara de Direito Público, julgado em 30.9.2013.

⁴¹² Em sentido diverso, entendendo que para a impetração do *mandamus* basta o registro em cartório: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei do mandado de segurança comentada artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. pp.384-387.

quanto à *legimatio ad causam* em relação ao impetrante, tendo em vista que a associação é também legitimada à impetração do *mandamus*.⁴¹³

Entretanto, no que diz respeito à representatividade adequada, o sindicato registrado exclusivamente no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas se sujeitará ao prazo de pré-constituição de um ano das associações (art. 5º, LXX, alínea “b”, da CF/88 e art. 21, *caput*, da Lei 12.016/2009), o que não será requisitado ao sindicato registrado no Ministério do Trabalho e Emprego.⁴¹⁴ Outra diferença será a sujeição daquele à conferência formal da compatibilidade do direito pleiteado com o estatuto (*infra*, n. 4.3.1), o que não ocorrerá para este, visto que o art. 8º, inciso III, da Constituição Federal apenas fixa que os “interesses coletivos ou individuais da categoria” serão perseguidos, o que impõe ao juiz o dever de, *in concreto*, verificar se o sindicato está primando por essa finalidade (ainda que isso não conste de seu estatuto).

Embora existam vozes em sentido contrário,⁴¹⁵ a jurisprudência⁴¹⁶ e a doutrina⁴¹⁷ amplificam a matéria de atuação do sindicato no mandado de segurança coletivo para além da defesa exclusiva dos sindicalizados, podendo atingir terceiros que se encontrem na mesma situação jurídica, bastando que a tutela pleiteada esteja inserida no contexto das atividades dos substituídos. A nosso ver, será essa a feição do critério da pertinência temática aplicada aos sindicatos, qual seja: o direito pleiteado deverá guardar relação com a defesa da categoria, não sendo, necessariamente, peculiar a esta, tampouco deverá constar obrigatoriamente do estatuto. Cumpre realçar que a leitura do art. 8º, inciso III, da CF/88, garante ao sindicado atuação “quase soberana” em relação ao membro da classe, pois, como substituto processual, poderá realizar, independentemente de autorização

⁴¹³ Para Alfredo Buzaid, adotando posicionamento diverso do nosso, “a personalidade jurídica do sindicato nasce com o registro; qualquer outro ato é meramente complementar”. (BUZAID, Alfredo. *Considerações sobre o mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 104).

⁴¹⁴ STF, RE 198919 / DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 15.6.1999.

⁴¹⁵ “A tutela de interesses alheios à finalidade básica do sindicato não se pode pretender pela via do mandado de segurança coletivo”. (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.37).

⁴¹⁶ STF, MS 22132 / RJ, Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 21.8.1996; STJ, REsp 1243386 / RS, Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 26.6.2012. STJ, RMS 43057 / PR, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª turma, DJe 14.4.2014; STJ, AgRg no REsp 1.340.368/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, 2ª Turma, DJe 22.11.2013; STJ, AgRg no REsp 1.303.343/PE, Rel.Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 2.5.2012.

⁴¹⁷ FAVRETO, Rogerio; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Art. 22. In GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (et al.). *Comentário à Lei do Mandado de Segurança*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 243. BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do Mandado de Segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 165-166.

(individual ou geral),⁴¹⁸ a defesa dos direitos exclusivamente individuais, o que lhe possibilita, inclusive, executar eventual comando jurisdicional em nome dos substituídos individualmente considerados.⁴¹⁹⁻⁴²⁰

Em resumo, em sua atuação para a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, o sindicato atuará como substituto processual dos sindicalizados e de terceiros titulares de idêntico direito, desde que o pleito esteja inserido substancialmente (e não formalmente) no contexto da defesa da categoria (pertinência temática), sendo desnecessária autorização ou pré-constituição de um ano.

4.3.4.5 Associações

O art. 5º, inc. LXX, alínea “b”, da CF/88 e o art. 21, *caput*, da Lei 12.016/2009, além de atribuírem legitimidade extraordinária para as associações para a defesa dos direitos coletivos em sentido amplo – o que pode compreender os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos –, fixaram requisitos que somente a ela se aplicam. É o caso da (i) pré-constituição e pleno funcionamento por pelo menos um ano e da (ii) compatibilidade formal com o estatuto.

⁴¹⁸ STF, RE 348973 AgR / DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ. 28.5.2004; STJ, EDcl nos EDcl no MS 13547 / DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 31.5.2013.

⁴¹⁹ “EMENTA: PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART. 8º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O artigo 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido.” STF, RE 210029 / RS, rel. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, Pleno, julgado em 12.6.2006 (grifo nosso).

⁴²⁰ No ponto, é precisa a lição de Carlos Henrique Bezerra Leite: “Recentemente, o Pleno do STF, por maioria, reconheceu, na linha da orientação fixada no MI 347/SC (DJU de 8.4.94), no RE 202063/PR (DJU de 10.10.97) e no AI 153148 AgRg/PR (DJU de 17.11.95), que o inciso III do art. 8º da CF assegura ampla legitimidade ativa *ad causam* dos sindicatos como substitutos processuais individuais de seus integrantes. Vencidos, em parte, os Ministros Nelson Jobim, Cezar Peluso, Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie, que conheciam dos recursos e lhes davam parcial provimento, para restringir a legitimação do sindicato como substituto processual às hipóteses em que atuasse na defesa de direitos e interesses coletivos e individuais homogêneos de origem comum da categoria, mas apenas nos processos de conhecimento, asseverando que, para liquidação e a execução da sentença prolatada nesses processos, a legitimação só seria possível mediante representação processual, com expressa autorização do trabalhador (STF RE n. 2146668, j. 12.6.2006, rel. orig. Min Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa; in informativo n. 431).” (BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTR, 2010. p. 303). Em sentido oposto, afirmando não poder o sindicato agir para buscar a tutela de interesse individual do membro da classe: FERRAZ, Sergio. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.75.

No que diz respeito à necessidade de funcionamento e da pré-constituição de um ano, a norma pretendeu impedir a criação de uma associação *post factum* ou que se valesse do oportunismo para, eventualmente em colusão com a Administração Pública, prejudicar a coletividade com a formação de um pronunciamento jurisdicional contrário.⁴²¹ Não é suficiente, então, a criação da associação nos termos do art. 53 do Código Civil, tampouco serve unicamente o seu registro (art. 45, CC/02), visto que essa pessoa jurídica com fins associativos deverá desenvolver suas atividades pelo prazo mínimo de um ano.⁴²²

Nota-se, também, que a lei do mandado de segurança coletivo não previu regra similar àquelas previstas no parágrafo primeiro do art. 82, do Código de Defesa do Consumidor e no art. 5º, §4º da Lei 7.347/1985. Esse silêncio e a especificidade da norma são compreendidos por certa doutrina como proibição à dispensa do requisito do funcionamento anual.⁴²³ Entretanto, a fim de prestigiar a defesa de direitos caros ao ordenamento jurídico, como são os direitos coletivos em sentido amplo, vemos com bons olhos a dispensa desse requisito, *in concreto*, pelo magistrado, a fim de maximizar as garantias constitucionais. Insta destacar que essa posição, certa vez, já foi referendada pelo Superior Tribunal de Justiça, que dispensou o requisito do funcionamento anual por visualizar, na espécie, “interesse público” que justificasse a flexibilização da norma,⁴²⁴ o que contou com a simpatia da doutrina.⁴²⁵ No entanto, a nosso ver, a decisão poderia ter buscado no microssistema de tutela coletiva o fundamento para defender a aplicação, ao *writ* coletivo, das supracitadas normas constantes da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, pois é nesses diplomas que reside o pilar argumentativo

⁴²¹ ZANETI JR, Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 158. Vide também (sobre a “associação *ad hoc*” e a dispensa do requisito de um ano): GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo* (arts.81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II. p.97. Sobre o risco de colusão: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados ‘interesses difusos’. In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

⁴²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei do mandado de segurança comentada artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. pp.387-388.

⁴²³ BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do Mandado de Segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 163. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 380-381.

⁴²⁴ STJ, RMS 15311 / PR, rel Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 14.4.2003, p. 205.

⁴²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei do mandado de segurança comentada artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. pp.389-390. FAVRETO, Rogerio; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Art. 21. In GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (et al.). *Comentário à Lei do Mandado de Segurança*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012. pp. 224-227. Em sentido contrário: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.37.

para relevar o não atendimento do requisito quando houver manifesto interesse social (verificado, inclusive, pela dimensão das consequências geradas pelo ato coator), ou quando for relevante o bem jurídico que será protegido.⁴²⁶

No que concerne à compatibilidade formal da defesa exercida pela associação impetrante com o seu estatuto, balizada doutrina defende que esse elo seria inexigível, não obstante a Lei 12.016 a ele fazer menção.⁴²⁷ Por outro lado, em nosso entendimento, a lei, tão somente no caso das associações, positivou o critério da representatividade adequada, em seu aspecto formal, exigindo a correlação entre o estatuto (finalidade social) e o direito pleiteado. Essa preocupação busca perseguir a pertinência temática para coibir que determinado legitimado se aventure a proteger direitos que não se encontram em sua alçada ou que tampouco estejam em seu âmbito de vivência. As consequências de uma “aventura jurídica”, especialmente em processos que envolvam a coletividade, podem ser danosas em proporção magna. Nesse sentido, discordamos da doutrina que compreende que o direito pretendido via mandado de segurança coletivo “pode não guardar vínculo com os fins próprios da entidade”.⁴²⁸

É evidente que essa formalidade deverá ser acompanhada de uma análise mais robusta, *in concreto*, da representatividade adequada, no intuito de atestar que os interesses dos substituídos sejam defendidos de maneira idônea e satisfatória. Isso não quer dizer que apenas os membros da associação serão os substituídos, pois, a coisa julgada terá o condão de atingir todos aqueles que também são titulares do direito, ainda que não associados ao impetrante.

No que diz respeito à autorização dos associados, já nos posicionamos no sentido de que tal rigor é despiciendo (*supra*, n. 4.3.3.3), visto que: (i) não se aplica ao mandado de segurança coletivo o art. 5º, inciso XXI, mas sim o art. 5º, inciso LXX, alínea “b”, ambos

⁴²⁶ ARAÚJO, Fábio Caldas de; MEDINA, José Miguel Garcia. *Mandado de Segurança individual e coletivo*: comentários à Lei 12.016/2009, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. pp.201-202. ALMEIDA, Gregório Assagra de; CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. *Mandado de Segurança*: Introdução e comentários à Lei n. 12.016, de 7.8.2009 (artigo por artigo), com indicação do PLS n. 222/2010. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 431-432.

⁴²⁷ “Assim, a melhor leitura leva à conclusão de que o único limite à impetração do mandado de segurança coletivo seja a existência de interesse dos membros da categoria ou classe *sem* a imposição do requisito complementar de existir correlação entre os duns sociais e o direito afirmado”. (ZANETI JR, Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 171).

⁴²⁸ GONÇALVES, Benedito. *Mandado de segurança*: legitimidade ativa das associações. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 112.

da CF/88, sendo que este último não faz menção à chancela do associado; (ii) o art. 21, da Lei 12.016/2009 é expresso em dispensar o requisito; (iii) o Enunciado 629 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência⁴²⁹ que com ele comunga também são avessos à exigência de autorização. Quanto à possibilidade de impetração do *mandamus* coletivo para parte dos associados, também já externamos nosso entendimento favorável à tese consagrada no verbete 630 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, bem como no art. 21, da Lei 12.016/2009 (*supra*, n. 4.3.3.4).

⁴²⁹ STF, RE 501953 AgR / DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, publicado em 26.4.2012; STF, RE 364051 / SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, 17.8.2004.

CAPÍTULO 5. COISA JULGADA EM MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL E COLETIVO

5.1 Coisa julgada em MS individual

Neste capítulo, estudaremos a coisa julgada e seus reflexos no *writ*. Para tanto, compreenderemos o fenômeno pela perspectiva de Enrico Tullio Liebman junto com as ponderações realizadas por Barbosa Moreira. Isso significa que analisaremos o instituto como a qualidade de imutabilidade do comando da sentença,⁴³⁰ mas não de seus efeitos. O autor brasileiro entende que a concepção de Liebman acerca do fenômeno “coisa julgada” é puramente adjetiva, no que consistiria a grande contribuição de sua obra, pois o italiano escolheu o critério da imutabilidade para separar em definitivo as ideias de coisa julgada e eficácia da sentença.⁴³¹ Contudo, segundo Barbosa Moreira, Liebman compreendia que a imutabilidade se operava tanto para a *sentença* quanto para *seus efeitos*, o que novamente traria a equivocada associação entre a eficácia da sentença e a coisa julgada. Os efeitos da sentença não são imutáveis.⁴³² Nada impediria, por exemplo, que as partes, após o trânsito em julgado, alterassem o valor de determinada condenação mediante acordo. O efeito, portanto, não é perene, mas sim efêmero. Desse modo, e assim também entendemos, os efeitos da sentença fogem da imutabilidade⁴³³ tão destacada no conceito de coisa julgada.

⁴³⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid. Benvindo Aires - tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.51.

⁴³¹ BARBOSA MOREIRA. Ainda e sempre a coisa julgada. In *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsói, 1971. p. 133.

⁴³² Por sentença imutável há de entender-se aqui a sentença cujo conteúdo não comporta modificação. BARBOSA MOREIRA. Ainda e sempre a coisa julgada. In: *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsói, 1971. pp. 141-142.

⁴³³ Especificamente sobre a imutabilidade: “A imutabilidade é a impossibilidade de alteração do *decisum* e corresponde à imunização da decisão, isto é, sua blindagem de qualquer alteração posterior, seja por outro órgão Judiciário, pelas partes ou ainda por atos de outros Poderes do Estado. E a indiscutibilidade revela a técnica operativa da coisa julgada: para tornar imunes as decisões estatais, o legislador se vale de um mecanismo preclusivo. Ou seja, a maneira encontrada para assegurar imunização e inalterabilidade da coisa julgada é preclusiva, e talvez por esta razão os romanos chamavam de *preclusio maxima*, a preclusão última e maior.” (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 52).

Feita essa ressalva conceitual, deter o olhar na coisa julgada em mandado de segurança não é tarefa das mais singelas em razão do emprego das mesmas expressões (concessão/denegação da segurança) para comandos sentençiais de conteúdos variados.⁴³⁴

Antes de adentrarmos por completo no tema ora proposto, é preciso rememorar algumas premissas estabelecidas ao longo desta pesquisa. Consignamos, anteriormente, que a sentença no mandado de segurança poderá ser declaratória, constitutiva ou condenatória (incluindo as sentenças mandamentais e executivas *lato sensu* – *supra*, n. 2.1). Também já deixamos previamente registrado que a cognição no mandado de segurança é plena e exauriente *secundum eventum probationis*, ou seja, a falta de prova implicaria: a) a remessa das partes às vias ordinárias; ou b) a impossibilidade da assunção da qualidade de imutabilidade da decisão (não fará coisa julgada material),⁴³⁵ mas só a primeira (letra “a”) é aplicável ao *writ* individual (*supra*, n. 3.4).

Feitas essas considerações preambulares, é preciso ressaltar que, quanto ao *mandamus* singular, a Lei 12.016/2009 aborda o tema da formação da coisa julgada em seus arts. 6º, parágrafo 6º, e 19, dispositivos estes que, às suas maneiras, compilaram os arts. 15 e 16 da Lei 1.533/1951 com o verbete 304 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.⁴³⁶ Nesse sentido, o art. 19 da Lei 12.016/2009 dispõe que “a sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais”.⁴³⁷

A partir da leitura do dispositivo, percebe-se que a preocupação inaugural que emerge diz respeito à formação da coisa julgada nos casos em que a sentença não acolhe o

⁴³⁴ É o que extraímos da lição de Alfredo Buzaid, senão vejamos: “não é certamente fácil analisar a coisa julgada em mandado de segurança, porque a sentença pode ter variado conteúdo, rejeitando a ação ou por não concorrer qualquer de suas condições de admissibilidade, ou por não apresentar o requerente direito líquido e certo ou por não entrar o juiz, em razão de outra causa, na apreciação do mérito. Se, entretanto, a decisão apreciar o mérito, faz coisa julgada, sendo defeso discutir ou julgar de novo, em outro processo, a mesma lide.” (BUZOID, Alfredo. *Do mandado de segurança individual*. São Paulo: Saraiva, 1989. pp. 251-252).

⁴³⁵ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005. p.137..

⁴³⁶ RATTACASO, Marcus Claudis Saboia. Art. 19. In MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org.). *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: RT, 2010. pp.257-258.

⁴³⁷ O art. 19 da Lei. 12.016 também é aplicável ao mandado de segurança coletivo. Em outras palavras, se não enfrentado o mérito, a denegação não impede a propositura de novo *mandamus* (art. 6º, parágrafo 6º, da Lei 12.106/2009), tampouco da ação de rito ordinário. A nota se justifica porque o *writ* coletivo tem disposições específicas sobre a coisa julgada, o que não ocorre com o mandado de segurança individual, que conta apenas com a referência indireta feita pelo art. 19.

pedido do impetrante. Nestas hipóteses, o zelo deve ser maior pelo fato de que a expressão “denegar a segurança” é empregada tanto nos casos em que *há* quanto naqueles em que *não há* resolução do mérito, o que pode ser fonte de alguma confusão.⁴³⁸ Se, quando era vigente a Lei 1.533/51 havia certo debate⁴³⁹ acerca da pertinência em se utilizar a expressão para ambas as situações, a Lei 12.016/09 pôs fim a qualquer dúvida, ao dispor, em seu art. 6º, §5º, que “*denega-se o mandado de segurança nos casos previstos pelo art. 267 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil*”.

No primeiro caso, o de denegação da segurança com resolução do mérito, a sentença que rechaça o pedido do impetrante terá o condão de fazer coisa julgada material em seu desfavor. A repositura da demanda restará inviabilizada, não se aplicando o art. 19 c/c art. 6º, parágrafo 6º, ambos da Lei 12.016/2009, e, assim, a *res judicata* seria desconstituída somente por intermédio de ação rescisória.⁴⁴⁰ Parte-se, então, do pressuposto de que a prova documental carregada aos autos é suficiente para se concluir pela existência do fato, mas não pelo acolhimento do pedido formulado na inicial. Assim, na espécie, a cognição do juiz é plena e exauriente, realizada com suficiência de provas, mas sem guarida da pretensão do impetrante. Como o *mandamus* não permite

⁴³⁸ CASTRO NUNES. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 429. BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança individual*. São Paulo: Saraiva, 1989. pp. 251-252. CALMON DE PASSOS. *Mandado de Segurança Coletivo, mandado de injunção, “habeas data”*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 69. FERRAZ, Sergio. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 305-310. DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do Mandado de Segurança*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. pp.133-134. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. pp. 218-224. BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 189-191. RATTACASO, Marcus Claudis Saboia. Art. 19. In MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org.). *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: RT, 2010. pp.258-261. DINAMARCO, Pedro da Silva. A sentença e seus desdobramentos no mandado de segurança. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos*. São Paulo: RT, 2002. pp. 702-706.

⁴³⁹ Calmon de Passos, discorrendo sobre a coisa julgada em mandado de segurança, assim expôs: “a lei nº 1.533/51 tem dois dispositivos que se relacionam com o problema da coisa julgada em mandado de segurança: os arts. 15 e 16. Em torno do dito problema, a doutrina e a jurisprudência já se pacificam. Decisão pela inadmissibilidade do mandado de segurança não faz coisa julgada material, pelo que ficam livres as vias ordinárias para que o impetrante pleiteie o direito cuja tutela não obteve via *mandamus*, por sua inadequação. Inexistiram exame dos fatos e análise do direito aplicável, logo, a lide permanecer sem decisão, donde suas reprodução em outro processo ser perfeitamente cabível. Se houve conhecimento da segurança e decisão do seu mérito, há coisa julgada.” (CALMON DE PASSOS. *Mandado de Segurança Coletivo, mandado de injunção, “habeas data”*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 69).

⁴⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 128.

questionamentos com relação aos fatos (sendo estes sempre incontroversos), a sentença que, no mérito, denega a segurança, o faz negando o direito de quem postula.⁴⁴¹

O segundo caso de denegação do mandado de segurança é justamente aquele no qual o mérito não é enfrentado, circunstância em que a coisa julgada será meramente formal. Ausentes os pressupostos processuais e/ou condições da ação, o juiz estará obrigado a denegar a segurança sem invadir o mérito. Ao mandado de segurança, por prescrição legal expressa (vide art. 6º, §5º da Lei 12.016/2009), aplica-se o art. 267 do Código de Processo Civil, o que, simultaneamente, abre a porta para as sentenças terminativas e a fecha para formação da *res judicata* na ausência dos requisitos ao enfrentamento do mérito.⁴⁴² Ademais, existente a dúvida sobre o fato, o impetrante não terá direito à via do *writ* e sobre a análise do seu pedido não se debruçará o magistrado.

Afastada a coisa julgada material, existem duas hipóteses ao impetrante: ou é corrigido o vício do mandado de segurança e sua impetração é renovada (desde que dentro do prazo decadencial),⁴⁴³ ou as partes serão remetidas às vias ordinárias para, com dilação probatória, obterem, enfim, um pronunciamento jurisdicional sobre o mérito. De certo modo, a Lei do Mandado de Segurança replica o escopo do art. 268 do Código de Processo Civil autorizando a propositura de novas demandas. Ainda que a doutrina já tenha defendido que nenhuma decisão denegatória do mandado de segurança é passível de imutabilização,⁴⁴⁴ conclui-se, portanto, que não é qualquer denegação de segurança que permitirá novo *mandamus* ou que deixará aberta a via ordinária pela não formação da coisa julgada material, mas tão somente a denegação sem enfrentamento do mérito.

Diante dessas considerações, destacamos que a condição da ação mais emblemática para o estudo do *writ* é a ausência de interesse de agir, na modalidade adequação, justamente porque será essa a hipótese de ausência de direito líquido e certo (*supra*, n. 3.1). Já havíamos nos posicionado no sentido de que a expressão “direito líquido e certo” é condição da ação que se referirá à prova pré-constituída que servirá de lastro para as

⁴⁴¹ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. I*: arts. 1 a 153. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 205.

⁴⁴² MAIA FILHO, Napoleão Nunes. Art. 6º. In _____; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org.). *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: RT, 2010. pp.113-115.

⁴⁴³ MAIA FILHO, Napoleão Nunes. Art. 6º. In _____; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org.). *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: RT, 2010. pp.113-115.

⁴⁴⁴ BUENO VIDIGAL, Luis Eulalio. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. pp.100-103.

alegações do impetrante *in statu assertionis*. A inexistência de direito líquido e certo desautoriza a análise do mérito e a decisão proferida não será coberta com o manto da coisa julgada. No entanto, o emprego incorreto da expressão, como se designasse o próprio direito pleiteado pelo impetrante, poderá dar a falsa impressão de que houve denegação com julgamento do mérito. Nada mais equivocado. Denegar a segurança por ausência do direito líquido e certo é compreender a ausência de uma condição da ação (interesse de agir na modalidade adequação), o que ensejará um julgamento sem resolução do mérito.

Por fim, no tocante à concessão da segurança, o problema interpretativo da linguagem empregada desaparece. Isso porque a acolhida do direito do impetrante terá sempre o condão de formar coisa julgada material. A concessão da segurança, a seu turno, poderá significar sentenças de procedência de conteúdos constitutivos, declaratórios e condenatórios (mandamentais e executivos *lato sensu*). Desse modo, seja qual for a natureza da sentença de procedência proferida no *writ*, haverá resolução do mérito, adquirindo, aquele comando, a qualidade de imutabilidade

5.2 Coisa julgada no minissistema de processos coletivos

Antes de adentrarmos no tema da coisa julgada no mandado de segurança coletivo, traçaremos um panorama geral sobre a *res judicata* no minissistema de tutela coletiva. O desenvolvimento dos tópicos adiante servirá como base de comparação entre o que é observado nos processos coletivos e o que consta do texto da Lei 12.016/2009. Passemos, então, a ilustrar brevemente esse cenário, lembrando que a coisa julgada coletiva compõe uma válvula de escape⁴⁴⁵ para a coisa julgada *pro et contra*, que até se justificaria caso o instituto da representatividade adequada fosse mais robusto.

5.2.1 Coisa julgada *secundum eventum litis*

A coisa julgada *secundum eventum litis*, como bem define Ada Pellegrini Grinover, “diz respeito às partes do processo, podendo a coisa julgada formar-se, ou não, de acordo

⁴⁴⁵ COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da Moralidade Administrativa*. São Paulo: QuartierLatin, 2009. p. 298.

com o resultado do processo”.⁴⁴⁶ Nota-se que a autora se preocupa, propositadamente, em destacar que a imutabilidade se atém às partes e não aos terceiros. Esse rigor conceitual tem justificativa: de algum modo, no Brasil, houve uma “fuga” da definição originária do instituto de forma que a discussão acerca da coisa julgada *secundum eventum litis* ficou restrita à hipótese de extensão também a terceiros da *res judicata* benéfica ou prejudicial.⁴⁴⁷ Desse modo, a noção de coisa julgada *secundum eventum litis* ficou atrelada à coisa julgada *erga omnes*, ainda que com esta aquela não necessariamente se misture.⁴⁴⁸

Na doutrina processual coletiva, a seu turno, a coisa julgada *secundum eventum litis* assume dois significados bem delineados (i) a formação de coisa julgada em relação a terceiros (vítimas e seus sucessores) apenas se procedente a demanda para tutela dos direitos individuais homogêneos; (ii) a não formação de coisa julgada material se improcedente o pedido por insuficiência de provas (o que alguns denominam de coisa julgada *secundum eventum litis vel probationis*⁴⁴⁹ e outros, impropriamente, chamam coisa *secundum eventum probationis*).⁴⁵⁰

⁴⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada *erga omnes*, *secundum eventum litis* e *secundum probationem*. *Revista de Processo*, vol. 126, agosto de 2005. p. 8.

⁴⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada *erga omnes*, *secundum eventum litis* e *secundum probationem*. *Revista de Processo*, vol. 126, agosto de 2005. pp. 9 e ss.

⁴⁴⁸ “É a chamada de coisa julgada *secundum eventum litis*, extensão subjetiva apenas se procedente a demanda, mas a extensão não a terceiros, e sim às partes, o que já é a regra no direito processual civil”. (BAZILONI, Nilton Luiz de Freitas. *A coisa julgada nas ações coletivas*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p.123.) Para Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier, a seu turno, “a coisa julgada *secundum eventum litis* é aquela que somente é produzida quando a demanda for julgada procedente. Se a ação for julgada improcedente, ela poderá ser reproposta, pois a decisão ali proferida não produzirá coisa julgada material”. (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de processo civil: processo coletivo*. 6.ed. Salvador: JusPodvim, 2011. vol. IV. p. 366.)

⁴⁴⁹ “Logo, a distinção feita permitiria dizer que a coisa julgada *erga omnes secundum eventum* nas ações coletivas nacionais subdivide-se entre a formação *secundum eventum litis vel probationis* no plano coletivo para os interesses difusos e coletivos em sentido estrito, e *pro et contra* nos individuais homogêneos, e a projeção ou extensão *secundum eventum litis in utilibus* da coisa julgada formada no plano coletivo para o plano individual nos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos” (ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.277.) No mesmo sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria das ações coletivas*. 2.ed. São Paulo: RT, 2007. pp. 292-319.

⁴⁵⁰ A coisa julgada *secundum eventum probationis* é fenômeno diverso da coisa julgada *secundum eventum litis vel probationis*. No entanto, boa parte da doutrina lida com o primeiro conceito como se fosse sinônimo do segundo. Como veremos no tópico adiante, a coisa julgada *secundum eventum probationis* tem como fundamento a formação da coisa julgada nos limites da prova possível de ser produzida ao tempo do primeiro processo, ou seja, não estará por ela englobada a prova superveniente, impossível de ser realizada na ocasião do julgamento do processo originário. Acerca da doutrina que denomina de *secundum eventum probationis* a coisa julgada *secundum eventum litis vel probationis*, por todos, citamos: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de processo civil: processo coletivo*. IV.vol. 6.ed. Salvador: JusPodvim, 2011. pp. 365-371. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo Coletivo*. São Paulo: Método, 2012. pp. 316-321.

No tocante ao primeiro dos sentidos, encontrado no art. 103, inc. III do CDC, a coisa julgada é “*erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81*” (direitos individuais homogêneos). Trata-se evidentemente da *res judicata secundum eventum litis*, o que “significa dizer que o pronunciamento projeta seus efeitos a todos que, ainda quando não tenham intervido no processo, acabam beneficiados pela decisão”.⁴⁵¹ Pondera Arruda Alvim que, no caso do art. 103, inc. III do CDC, a *res judicata* será formada tanto nos casos de procedência quanto nos casos de improcedência, porém, só vinculará os terceiros na primeira hipótese.⁴⁵² Os outros legitimados, contudo, não poderão propor nova demanda coletiva a respeito desse direito acidentalmente coletivo, característica esta que, como veremos, bem distingue o primeiro sentido da coisa julgada *secundum eventum litis* em relação ao segundo. Em síntese, a coisa julgada só aproveitará os terceiros para beneficiá-los e, na hipótese de improcedência, a via individual continuará aberta – muito embora seja contrário o precedente criado pela demanda coletiva, o que poderá ter relevante peso quando o juiz for analisar a demanda singular.⁴⁵³ Ressalva, entretanto, deverá ser feita em relação ao terceiro que intervém como litisconsorte na demanda coletiva para direitos individuais homogêneos (art. 94, CDC), para quem a coisa julgada será *pro et contra*.

A segunda hipótese de coisa julgada *secundum eventum litis* (também conhecida *secundum eventum litis vel probationis*) é prevista na Lei de Ação Popular (art. 18), na Lei de Ação Civil Pública (art. 16) e no Código de Defesa do Consumidor (art. 103, incs. I e II). O fenômeno é compreendido como a possibilidade de o juiz julgar improcedente o pedido, diante da falta de provas – o que deverá estar explícita⁴⁵⁴ ou implicitamente⁴⁵⁵ no

⁴⁵¹ Tradução livre do seguinte trecho: “es decir que el pronunciamiento proyecta sus efectos respecto de todos los que, aun cuando no hayan intervenido en el proceso, resultan beneficiados por la decisión”. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Justicia colectiva*. 1.ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010. p. 171.

⁴⁵² ARRUDA ALVIM *et al.* *Código do consumidor comentado*. 2.ed. São. Paulo: RT, 1995. p. 467.

⁴⁵³ “Claro que a precedente rejeição da demanda coletiva constituirá um poderoso precedente, mas a coisa julgada negativa - que só opera no plano coletivo - não impedirá a propositura de ações individuais.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada *erga omnes, secundum eventum litis* e *secundum probationem*. *Revista de Processo*, vol. 126, agosto de 2005. p. 9 e ss.

⁴⁵⁴ ARRUDA ALVIM *et al.* *Código do consumidor comentado*. 2.ed. São. Paulo: RT, 1995. pp. 464-465. SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional: doutrina e processo*. São Paulo: RT, 1968. pp. 252-256. Elton Venturi entende ser quase impossível que o magistrado ateste, na sentença, que a improcedência tenha ocorrido por “suficiência e certeza das provas apresentadas”, o que, a seu ver, só poderia ser verificado com a propositura da segunda demanda. Segundo o autor, “tal argumentação pois, revela o real significado da chamada coisa julgada material *secundum eventum probationis*, cuja incidência pode ser sustentada em todas as hipóteses de improcedência da tutela coletiva, quando relevante para o deslinde da causa a matéria fática,

pronunciamento. Não haverá, portanto, coisa julgada material. Em verdade, isso “equivalerá” a deixar de enfrentar o mérito, remanescendo aberta a porta para que outras provas surjam e, caso estas realmente emergjam, aí sim estaria o magistrado autorizado a resolver definitivamente o mérito.

Como cediço, o juiz não pode se escusar de julgar determinada demanda por não estar suficientemente convicto. Existente a incerteza sobre dado fato, o sistema municia o magistrado com ferramentas capazes de eliminar a dúvida que o atormenta (p. ex. poderes instrutórios). Se ainda assim persistirem questionamentos sobre o fato, mesmo nessa situação o juiz estará impedido de pronunciar um *non liquet*⁴⁵⁶ e, por essa restrição, julgará com base nas regras de ônus da prova (*infra*, n. 6.1) com formação de coisa julgada material.⁴⁵⁷ Em determinadas situações especificamente previstas no ordenamento, uma espécie de *non liquet* recebeu acolhida do legislador. É o caso, por exemplo, de algumas espécies de demandas mencionadas por Kazuo Watanabe, como o mandado de segurança, nas quais o juiz se escusa de decidir se entender pela insuficiência da prova produzida, ou seja, a cognição plena e exauriente do juiz se dará exclusivamente segundo o resultado da prova (*secundum eventum probationis*).⁴⁵⁸

As ações coletivas para direitos transindividuais entram no rol de exceções à vedação no “*non liquet*” acima mencionada.⁴⁵⁹ No art. 103 incs. I e II (direitos difusos e coletivos em sentido estrito), por exemplo, “a coisa julgada é dita *secundum eventum litis*,

na medida em que estaria sempre absolutamente condicionada à verificação da prova produzida nos autos” (VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. pp.448-449.)

⁴⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo (arts.81 a 104 e 109 a 119)*. Vol. II., 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.198.

⁴⁵⁶ Avesso ao *non liquet*, assim se pronuncia Rosenberg: “Se descarta la posibilidad de que el juez llegue a un *non liquet* con respecto a la cuestión de derecho, a causa de lo dudoso de la cuestión de hecho. El juez debe siempre o afirmar o negar la consecuencia jurídica que es objeto del pedido de la demanda, esto es, en el proceso civil, o condenar al demandado o rechazar la demanda, con tal que estén cumplidos los presupuestos procesales de la sentencia en cuanto al fondo de la causa. La sentencia no puede tener otro contenido”. (ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Ernesto Krotoschin (trad.). Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956. p. 2).

⁴⁵⁷ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. pp. 60-61.

⁴⁵⁸ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3.ed. São Paulo: Perfil, 2005. p. 137.

⁴⁵⁹ Para Ada Pellegrini Grinover, algo similar ao *non liquet* é aceito no ordenamento jurídico brasileiro justamente na hipótese da coisa julgada *secundum eventum probationis*. Dito de outro modo, isso significa que o juiz poderia deixar de apreciar o feito, rejeitando a demanda, ao verificar a insuficiência de provas. Sendo esse o caso, seria de rigor que o juiz declarasse a ausência de provas na motivação ou no dispositivo da sentença. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo (arts.81 a 104 e 109 a 119)*. Vol. II., 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.198.

porque se opera apenas em face das circunstâncias da causa. Assim, apenas a sentença que houver julgado essa demanda, de maneira plenária (com base em todas as provas atinentes ao conflito)”,⁴⁶⁰ poderá formar coisa julgada material. As justificativas principais para o nascedouro dessa espécie de coisa julgada eram os riscos da má condução do processo pelo legitimado que se antecipou aos demais (que poderia produzir provas insuficientes), bem como o receio de colusão entre o legitimado e a parte contrária com o escuso interesse na formação da coisa julgada em desfavor da coletividade.⁴⁶¹

Diante desse panorama, no que diz respeito ao tratamento da coisa julgada dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito no CDC, temos que “a sentença de improcedência de cognição exauriente e a sua consequência, que é a formação de coisa julgada material, ocorrem, mais precisamente, *secundum eventum probationis*, ou seja, conforme o sucesso da prova”.⁴⁶² Isso permite que qualquer legitimado, munido de prova nova, proponha outra demanda coletiva, afinal, o primeiro processo não terá sido analisado em cognição plenária. Para sermos mais precisos, a cognição até foi plenária – visto que analisado todo o conjunto probatório produzido –, mas as provas se mostram insuficientes para convencer o magistrado acerca da procedência do pedido. A propósito, em caso de procedência ou improcedência com suficiência de provas, também haverá formação de coisa julgada material, só havendo extensão a terceiros na primeira hipótese.

Traçado esse quadro geral sobre a disciplina da coisa julgada coletiva, é preciso ressaltar que a escolha brasileira pela coisa julgada *secundum eventum litis* (especialmente no tocante aos direitos individuais homogêneos) se deve a uma mudança de paradigma sociojurídico que considerou as características do país ao acolher tal instituto para a tutela coletiva nacional.⁴⁶³ Era necessária a criação de mecanismos alinhados com a realidade nacional para que fosse deixada de lado a filosofia do egoísmo,⁴⁶⁴ criando o contexto para que a tutela de direitos coletivos não fugisse à apreciação do Poder Judiciário. Tal escolha

⁴⁶⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003. pp.411-412.

⁴⁶¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados ‘interesses difusos’. In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 217.

⁴⁶² ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003. pp.411-412.

⁴⁶³ ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.266.

⁴⁶⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *A tutela dos interesses difusos*. Ada Pellegrini Grinover (coord.). São Paulo: Max Limonad, 1984. p.105.

não poderia deixar de ser alvo de críticas, afinal, a coisa julgada *secundum eventum litis* sempre sofreu ataques severos por parte da doutrina.⁴⁶⁵

Ao tempo em que foi feita a opção por esse modelo de *res judicata*, foram considerados os problemas sociais e estruturais existentes no país. As proporções continentais da nação dificultavam o trânsito das informações. Grande parte da população sequer tinha acesso aos meios de transporte e comunicação. O povo pobre, sem educação formal e destituído de conhecimento sobre os próprios direitos, não podia ser sujeitado a uma coisa julgada que exigisse a manifestação incontestada sobre a vontade de aderir ou se auto-excluir do processo coletivo.⁴⁶⁶ Desse modo, foram rejeitados os critérios do *opt in* e *opt out*, justamente por estarem amparados na eficiência da comunicação, no querer (informado e consciente) de participação, dentre outros requisitos que não se adequavam ao cenário brasileiro.

Assim, adotou-se o sistema da coisa julgada *secundum eventum litis*, “cujos efeitos gerais somente operam na hipótese de procedência da ação”.⁴⁶⁷

Todavia, há respeitável doutrina que repudia a solução com veemência. O cerne de tais críticas reside, principalmente, no desequilíbrio entre as partes (ausência de paridade de armas em benefício do autor e em detrimento do réu) e a insegurança jurídica originada pela possibilidade de conflito entre julgados.

Para a mencionada doutrina, no tocante ao desequilíbrio entre as partes e à insegurança jurídica, argumentos tratados na obra de Cappelletti,⁴⁶⁸ não haveria sentido em admitir que coisa julgada favoreça apenas uma das partes. O desenho das demandas coletivas não deveria servir tão somente ao benefício do grupo. Se no processo se encontram dois adversários, seria preciso atribuir razão a um deles e pacificar o conflito de

⁴⁶⁵ Contrários à coisa julgada *secundum eventum litis*: CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1980. pp. 910-930. CAPPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o Diffusi. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi*. Padova: CEDAM, 1976.

⁴⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Linda Mullenix (coord.). 2.ed. São Paulo: RT, 2011. p.240.

⁴⁶⁷ RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. *Processo civil coletivo e sua efetividade*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 227.

⁴⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi*. Padova: Cedam, 1976. p.206.

uma vez por todas. No entanto, a coisa julgada *secundum eventum litis* beneficia apenas um dos lados – o do autor – e a improcedência não impede a propositura de nova demanda, de modo que há um aviltamento da segurança jurídica naquilo que diz respeito à esfera jurídica do réu, tendo em vista que inexistente estabilização da coisa julgada em seu favor.

Tucci busca em Cappelletti, notório opositor do instituto, os argumentos para criticar a coisa julgada *secundum eventum litis*, asseverando que “se o autor é considerado parte idônea para defender os direitos de um grupo de consumidores, não parece razoável que se deva distinguir entre efeitos positivos e negativos, favoráveis ou desfavoráveis”.⁴⁶⁹ Para o doutrinador, não tem sentido a coisa julgada *secundum eventum litis* ser exclusivamente negativa para uma das partes (o réu), sob pena de violação do princípio da segurança jurídica e do princípio da isonomia.

Por outro lado, existem vozes igualmente substanciais da doutrina que são favoráveis à coisa julgada *secundum eventum litis*.⁴⁷⁰ Para tanto, salientam que o instituto deve ser previsto em lei e empregado em caráter excepcional para atender a um bem jurídico de forte razão de ordem social. A intenção do legislador é a de “equilibrar os riscos no caso de uma decisão de improcedência sem temperamentos”.⁴⁷¹ Desse modo, evita-se a coisa julgada *pro et contra*, ou seja, a possibilidade de vinculação tanto na hipótese de procedência quanto na de improcedência, impedindo que esta última possibilidade prejudique terceiros que não participaram efetivamente do processo.⁴⁷²

⁴⁶⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 102. p.406.

⁴⁷⁰ DENTI, Vittorio. Le azioni a tutela di interessi collettivi. In: *Rivista Di Diritto Processuale*, 1974. pp.533-559. CARPI, Frederico. *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*. Milano: Giuffrè, 1974. ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*. Milano: Giuffrè, 1992. TARUFFO, Michele. *Interventi. Le azioni a tutela di interessi collettivi*. Padova: Cedam, 1976. pp. 330-336.

⁴⁷¹ ZUFELATO, Camilo. *Cosa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp.269.

⁴⁷² É preciso ressaltar que, para Antonio Gidi, a coisa julgada nas ações coletivas brasileira é *pro et contra*. A coisa julgada, para ele, se formará tanto na procedência quanto na improcedência, “o que diferirá, de acordo como o ‘evento da lide’, não é a formação ou não da coisa julgada, mas o rol de pessoas por ela atingidas. Enfim, o que é *secundum eventum litis* não é a formação da coisa julgada, mas a sua extensão ‘erga omnes’ ou ‘ultra partes’ à esfera jurídica individual de terceiros prejudicados pela conduta considerada ilícita na ação coletiva (é o que se chama de extensão *in utilibus* da coisa julgada)”. (GIDI, Antonio. *Cosa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. pp.73). Em sentido semelhante: BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.28. Contudo, como temos defendido até o momento, entendemos que o problema em questão é de limites subjetivos da coisa julgada, não de extensão dos efeitos da *res judicata pro et contra*.

Em arremate, Ada Pellegrini Grinover, em defesa da coisa julgada *secundum eventum litis*, pondera que a opção pelo instituto considerou as críticas a ele destinadas e originou uma “escolha consciente” nos seguintes termos:⁴⁷³

Mas se trata de uma escolha consciente: entre prejudicar com uma coisa julgada desfavorável o membro do grupo que não teve a oportunidade de optar pela exclusão, pela técnica do *opt out*; entre o risco de esvaziamento dos processos coletivos, pela técnica *opt in*, a grande maioria dos países ibero-americanos preferiu privilegiar os membros do grupo, invocando um princípio de igualdade real (e não apenas formal), que exige que se tratem diversamente os desiguais. E certamente os membros de uma classe, desrespeitada em seus valores fundamentais, merecem o tratamento diferenciado próprio das pessoas organizacionalmente mais vulneráveis.

Conclui-se, portanto, que o regime da coisa coletiva é repleto de especificidades. Esses necessários temperamentos surgem para se adequar a imutabilidade ao direito tutelado e evitar prejuízos a terceiros. Logo, seria coerente que leis que versassem sobre processos coletivos partissem da lógica aqui exposta. Todavia, conforme analisaremos mais adiante, não foi o que ocorreu com a Lei 12.106/2009.

5.2.2 Coisa julgada *secundum eventum probationis*

A coisa julgada *secundum probationem* “significa a imutabilidade da decisão segundo a cognição possível ao tempo da tramitação da ação, sendo permitida a rediscussão da causa se, em função do avanço da ciência, resultar prova superveniente, surgida após o trânsito em julgado”, podendo mudar o resultado da demanda.⁴⁷⁴

Aliás, não se confunde a coisa julgada *secundum probationem* (ou *secundum eventum probationis*) com a coisa julgada *secundum eventum litis vel probationis*. Para sermos sintéticos – até porque existem trabalhos mais ricos e específicos sobre o tema –,⁴⁷⁵ enquanto aquela lida com a prova superveniente e que não poderia existir quando da primeira demanda, esta é condicionada à suficiência da prova para a formação da coisa julgada material.

⁴⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Linda Mullenix (coord.). 2.ed. São Paulo: RT, 2011. p.241.

⁴⁷⁴ ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 305.

⁴⁷⁵ ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 288-322.

Como não haveria possibilidade de o juiz saber (ao proferir a primeira sentença) da existência de provas vindouras, sequer seria necessária manifestação expressa sobre a falta de prova no pronunciamento. Trata-se, então, de ferramenta poderosa a atacar a falibilidade da produção e cognição da prova, moldando o espectro da coisa julgada para contemplar também o progresso da ciência e tecnologia,⁴⁷⁶ permitindo a propositura de novas demandas individuais ou coletivas até mesmo em razão de provas supervenientes, cuja produção sequer era cogitável ao tempo do primeiro processo. Nesse sentido, a coisa julgada originária estará limitada ao conjunto probatório existente ao tempo do julgamento.

Não há no ordenamento jurídico pátrio a previsão da coisa julgada *secundum probationem* para as ações coletivas. Contudo, o art. 33, § 1º do Código Modelo para a Ibero-América contemplou a hipótese expressamente.⁴⁷⁷ Comentando o mencionado dispositivo, Ada Pellegrini Grinover assim se posicionou:⁴⁷⁸

Para os mais ousados, a disposição poderia caracterizar uma coisa julgada *secundum probationem* : assim como, mudando os fatos depois da coisa julgada (que incide sempre sobre o passado, regulando as relações jurídicas então existentes) esta pode ser adaptada aos fatos supervenientes (como na ação de alimentos), assim também a coisa julgada somente colheria os fatos conforme foram provados ou poderiam ter sido provados (eficácia preclusiva da coisa julgada). A prova superveniente, que não poderia ser produzida no processo, escaparia desse modo das malhas da coisa julgada.

Muito embora alguns autores argumentem que a propositura de nova demanda, com os mesmos fundamentos, munida de prova nova (superveniente), equivale à uma hipótese de relativização da coisa julgada,⁴⁷⁹ não concordamos com esse pensamento.

⁴⁷⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. GABBAY, Daniela Monteiro. Coisa julgada *secundum eventum probationis* e pedido nas ações coletivas. In: *Processos Coletivos e tutela ambiental*. Carlos Alberto de Salles, Solange Teles da Silva e Ana Maria de Oliveira Nusdeo (org.). Santos: Universitária Leopoldiana, 2006. pp. 174-176.

⁴⁷⁷ O art. 33, § 1º do Código modelo para a Ibero-América abre brechas para a prova nova que decorre do avanço tecnológico e científico, senão vejamos: “art. 33. Coisa julgada – nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova. Par. 1º. Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, quando surgir prova nova, superveniente, que não poderia ter sido produzida no processo”.

⁴⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada *erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. *Revista de Processo*, vol. 126, agosto de 2005. p. 9 e ss.

⁴⁷⁹ “A questão da coisa julgada *secundum eventum probationis* está relacionada com a tese da “relativização da coisa julgada” defendida por parte da doutrina na atualidade. Os argumentos apresentados para a defesa da chamada relativização da coisa julgada são os de que a Constituição Federal contempla outros princípios, direitos e garantias fundamentais que podem se sobrepor, no caso concreto, à coisa julgada (por exemplo, o princípio da dignidade humana)”. (PIZZOL, Patricia Miranda. *Coisa Julgada nas ações coletivas*. Disponível em: http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf. Acesso em: 28 de maio de 2013). No

Para nós, a coisa julga *secundum probationem* é apenas uma consequência das sentenças “determinativas ou instáveis” (casos daquelas proferidas nas ações de alimentos), que estão sujeitas à cláusula *rebus sic stantibus* e que, portanto, não desafiam a autoridade da coisa julgada,⁴⁸⁰ pois passam em julgado contendo essa cláusula, permitindo sua alteração em face de fatos supervenientes. Também vale lembrar que o efeito preclusivo da coisa julgada (art. 474 do CPC) abarca, nas palavras de Dinamarco, “o deduzido e o dedutível, sendo absolutamente imperativo entender-se, *a contrario sensu*, que não fica abrangida por ele qualquer matéria que, por ser posterior, não fosse (obviamente) suscetível de deduzir-se antes do julgamento da causa”.⁴⁸¹

A adoção desse modelo de coisa julgada no direito processual coletivo pátrio, de *lege lata*, seria de grande valia, a fim de, nas palavras de Camilo Zuefelato, “permitir-se nova apreciação judicial como meio de evitar que uma decisão efetivamente injusta (é a prova superveniente a atestar a injustiça) se perpetue em detrimento de toda a coletividade”.⁴⁸² Por ora, a aplicação da coisa julgada *secundum probationem* não decorre expressamente da lei, salvo no já mencionado caso das sentenças determinativas (ex. ação de alimentos). O que difere entre as duas situações é que nestas mudam os fatos, enquanto naquela muda a prova.

5.3 Coisa julgada no MS coletivo

Enfim é chegado o momento de nos aprofundarmos na discussão da *res judicata* formada no *writ* da coletividade sem perder de vista o que já consignamos: o enquadramento correto do mandado de segurança coletivo é o de instrumento a serviço da

mesmo sentido: NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9.ed. São Paulo: RT, 2009. pp.72-71.

⁴⁸⁰ “Quanto às sentenças determinativas ou instáveis, que decidem relações continuativas (CPC, art. 471, inc. I; CLT, art. 873), não há exceção à autoridade da coisa julgada, mas acolhimento do princípio *rebus sic stantibus*. O juiz, na nova decisão, não altera o julgado anterior, mas exatamente para atender a ele, adapta-o ao estado de fato superveniente”. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, n. 198.)

⁴⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil moderno*. Vol. II. 6.ed. São Paulo, Malheiros, 2010. p.1173. Neste ponto discordamos sensivelmente de Camilo Zuefelato, para quem tal técnica seria similar e não idêntica àquela adotada na coisa julgada *secundum probationem*. ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 304-325.

⁴⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada *erga omnes*, *secundum eventum litis* e *secundum probationem*. *Revista de Processo*, vol. 126, agosto de 2005. p. 9 e ss.

tutela coletiva. Conforme pudemos verificar, as demandas coletivas respeitam regras e princípios bem característicos, constatação bem assente no que concerne à coisa julgada. Verificaremos, então, como a Lei 12.016/2009 disciplinou o regime da coisa julgada e a analisaremos criticamente.

É o que passamos a fazer.

5.3.1 O tratamento dispensado pela doutrina e jurisprudência sob a égide da Lei 1.533/1951

Antes do advento da Lei 12.016/2009, a Constituição de 1988 mencionava expressamente o instituto do mandado de segurança coletivo, sendo que este não era previsto na legislação infraconstitucional, de sorte que coube à doutrina e à jurisprudência⁴⁸³ a construção dos alicerces de sua aplicação *in concreto*. No tocante à coisa julgada, por exemplo, aplicava-se ao *mandamus* coletivo o Código de Defesa do Consumidor (arts. 103 e 104) em conjunto com os arts. 16 e 21 da Lei de Ação Civil Pública.⁴⁸⁴ Havia, evidentemente, minoritárias vozes em contrário que defendiam que a coisa julgada se estenderia somente aos “associados ou filiados da entidade impetrante”.⁴⁸⁵ Nesse sentido, era amplamente majoritária a corrente pelo afastamento da incidência do art. 16 da Lei 1.533/1951 para que a coisa julgada no *writ* coletivo tivesse coerência com aquela *res judicata* formada nas demais ações coletivas.⁴⁸⁶

Assim, dependendo do direito coletivo tutelado (difuso, coletivo ou individuais homogêneo) existia uma resposta do ordenamento sobre a extensão subjetiva da vinculação

⁴⁸³ STJ, AgRg no MS 13505 / DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 3ª Seção, DJe 18.9.2008.

⁴⁸⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação, objeto e coisa julgada. *Revista de Processo*, ano 15, n.58, pp. 80-83, abril-junho de 1990. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controversos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2001. pp.162-177. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009. p.198. DINAMARCO, Pedro da Silva. A sentença e seus desdobramentos no mandado de segurança. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos*. São Paulo: RT, 2002. p. 707. BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 188-189. Lourival Gonçalves de Oliveira mantinha interessante posicionamento defendendo a coisa julgada *secundum eventum litis*, não em decorrência do CDC, mas como fruto da substituição processual. (OLIVEIRA, Lourival Gonçalves de. Interesse processual e mandado de segurança coletivo. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 148).

⁴⁸⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. “Class action” e mandado de segurança coletivo (diversificações conceituais). São Paulo: Saraiva, 1990. p. 48.

⁴⁸⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 188-189.

da coisa julgada e se esta iria se produzir *secundum eventum litis* ou *secundum eventum litis vel probationis*. Não poderia ser mais coerente a remissão aos mencionados dispositivos, visto que o mandado de segurança coletivo (instrumento de tutela de direitos coletivos em sentido amplo) ensejava a interpretação que conseguisse “extrair do preceito constitucional a maior carga possível de eficácia e efetividade”,⁴⁸⁷ afinal, tratava-se de um remédio de matriz constitucional que albergava o amparo de relevante bem jurídico.

No entanto, a entrada em vigor da Lei 12.016/2009 alterou bastante esse panorama, passando a disciplinar a coisa julgada em mandado de segurança de forma refratária à tutela coletiva. É o que veremos no tópico seguinte.

5.3.2 A coisa julgada no MS coletivo e a Lei nº 12.016/2009

A Lei 12.016/2009 passou a disciplinar a coisa julgada em mandado de segurança coletivo em seu art. 22, cuja redação ficou assim assentada: “*no mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante*”. Nota-se que o teor do dispositivo destoa nitidamente do entendimento anteriormente preconizado, quando ficava ao cargo da doutrina e da jurisprudência a construção das balizas do instituto (*supra*, n. 5.2).

Sem tecer, pelo momento, qualquer juízo de valor acerca da redação do dispositivo, tem-se que, pela sua literalidade, a norma que rege o *writ* coletivo faz deste o único instrumento de tutela coletiva que não faz coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, ficando os limites subjetivos restritos aos integrantes do grupo de substituídos. Tampouco há o temperamento da coisa julgada *secundum eventum litis* para evitar que a imutabilidade alcance terceiros que não participaram efetivamente do processo. Também não houve o que seria a primeira e ousada previsão normativa sobre a coisa julgada *secundum eventum probationis*. A *res judicata* no *writ* coletivo, pela letra do texto que a disciplina, será *pro et contra* (sem temperamentos) e limitada, subjetivamente, ao que a lei denominou de “membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante” (art. 22 da Lei 12.016/2009).

⁴⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação, objeto e coisa julgada. *Revista de Processo*, ano 15, n.58, p. 76, abril-junho de 1990.

Ressalvamos que a coisa julgada *secundum eventum litis vel probationis* até existe, mas não difere daquela presente no mandado de segurança individual, ou seja, o juiz estará obrigado a deixar de julgar o mérito na hipótese em que se deparar com a insuficiência de provas.⁴⁸⁸ Conclui-se, então, que o teor da norma acabaria por afastar a incidência do microssistema de tutela coletiva em relação à coisa julgada no *mandamus*.⁴⁸⁹

Nesse sentido, realizando uma interpretação meramente gramatical da norma, extraímos o seguinte panorama:

- *Sentença que denega a segurança sem resolução do mérito*: não há distinção com relação ao mandado de segurança individual (*supra*, n. 5.1). Seja por ausência de quaisquer pressupostos processuais ou condições da ação, a sentença não fará coisa julgada material e o pedido do *writ* poderá ser renovado, podendo o impetrante também se utilizar das vias ordinárias para, com dilação probatória, comprovar suas alegações (art. 19 c/c art. 6º, parágrafo 6º, ambos da Lei 12.016/2009). Aqui também merece destaque a possibilidade de o juiz, empregando a técnica da cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis*, deixar de enfrentar o mérito pela ausência de provas que atestem as alegações do impetrante, o que levará à extinção do feito pela falta da condição da ação “direito líquido e certo”;

⁴⁸⁸ É exatamente esse o pensamento de parte da doutrina, conforme se depreende do seguinte trecho: “todavia, a mudança apontada não pode ser compreendida a ponto de desaparecer, por outro lado, a limitação da coisa julgada *secundum eventum probationis*, em razão, no caso, da própria natureza do mandado de segurança. Isso porque o mandado de segurança serve para a proteção de direito líquido e certo, assim entendida a pretensão que tenha como fundamento fatos demonstráveis de plano, documentalmente, não necessitando, assim, de dilação probatória”. O autor, contudo, denomina de coisa julgada *secundum eventum probationis* a coisa julgada *secundum eventum litis vel probationis*. CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. Art 22. *Mandado de Segurança individual e Coletivo: a Lei nº 12.016/2009 Comentada*. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (coord.). Niterói. Impetus, 2010. p. 148.

⁴⁸⁹ Embora não concordemos com essa tese, comungam dela: REDONDO, Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; CRAMER, Ronaldo. *Mandado de segurança: comentários à Lei 12.016/2009*. São Paulo: Método, 2009. p.153. GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SILVA, Márcio Henrique Mendes; FERREIRA, Olavo A. Vianna Alves. *Comentários à Nova Lei de Mandado de Segurança*. São Paulo: Método, 2009. pp. 112-113. CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. Art 22. *Mandado de Segurança individual e Coletivo: a Lei nº 12.016/2009 Comentada*. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (coord.). Niterói: Impetus, 2010. pp. 147-148. GRECO FILHO, Vicente. *O novo mandado de segurança: comentários à Lei N. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.59. AMARAL, Paulo Osternack. SILVA, Ricardo Alexandre. “Mandado de Segurança Coletivo”. *Revista Dialética de Direito Processual*. n.105, 2011. p. 98. Para Humberto Theodoro Júnior, embora não se aplique o CDC, a conclusão a que se chega é idêntica e a coisa julgada somente beneficia o indivíduo: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei do mandado de segurança comentada artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. pp. 400-405.

- *Sentença que denega a segurança com resolução do mérito*: independente do direito tutelado (difuso, coletivo ou individual homogêneo), a sentença fará coisa julgada contra os membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante (ainda que não tenham efetivamente participado do processo). Contudo, terceiros que se encontrem em situações idênticas aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante, mas que não os integrem, poderão impetrar seus *writs* (ou ações) individuais. Por sua vez, outros legitimados, por não estarem abarcados pela coisa julgada, também poderão propor o *mandamus* coletivo;
- *Sentença que concede a segurança*: a coisa julgada beneficiará exclusivamente os membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante, independentemente do direito tutelado (difusos, coletivos e/ou individuais homogêneos). Terceiros que se encontrem em situações idênticas às dos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante, mas que não os integrem, deverão impetrar suas ações individuais ou aguardar que outro legitimado (do qual façam parte) proponha a demanda coletiva, visto que não aproveitarão a coisa julgada havida no *mandamus* originário.

Em nosso sentir, o regramento em relação às sentenças que não enfrentam o mérito não mereceriam quaisquer críticas, pois perfeitamente compatível com o processo coletivo. O contrário ocorre com as sentenças que enfrentam o mérito (com potencialidade de formar coisa julgada material), nas quais três problemas principais decorrem dessa interpretação meramente literal da norma: (i) o prejuízo causado pela imposição da coisa julgada aos membros do grupo que não participaram do contraditório (nos casos de denegação da segurança com resolução do mérito); (ii) a aparente vedação à extensão dos efeitos benéficos da coisa julgada para atingir terceiros titulares do mesmo direito dos integrantes dos grupos de substituídos, nos casos de concessão da segurança; (iii) segmentação, imposta pela coisa julgada, dos direitos difusos e coletivos – direitos marcados por sua indivisibilidade –, haja vista que, pelo texto da Lei 12.016/2009, é o vínculo do substituído com o legitimado que traça os limites subjetivos da *res judicata* no *writ*. Todos esses três pontos rompem com a sistematicidade do microsistema de tutela

coletiva e também constituem verdadeiras inconstitucionalidades, o que será melhor especificado nos tópicos adiante.

O que realmente importa, neste tópico, é a demonstração de que o art. 22 da Lei 12.016/2009 não comunga com as demais leis que norteiam a coisa julgada coletiva, pois optou pela *res judicata pro et contra*, sem temperamentos, e restrita àqueles que possuem vínculo com o legitimado.

O teor do art. 22 da Lei 12.016/2009 sofreu severos ataques da doutrina, o que, em nossa ótica, mostra-se pertinente.⁴⁹⁰ Na senda da construção iniciada na conclusão do tópico anterior, passaremos a destacar a (i) assistemática e as (ii) inconstitucionalidades existentes no supracitado dispositivo.

5.3.2.1 A assistemática do art. 22 da Lei nº 12.016/2009

Seguindo a lógica de pensar a tutela coletiva inserida nos seus peculiares contornos, a coisa julgada dela decorrente deve refletir o que se espera da proteção adequada do direito “da coletividade e não mais apenas direito dos *indivíduos*, como nos moldes tradicionais”.⁴⁹¹ Desse modo, é preciso que a coisa julgada coletiva simbolize acesso à justiça, universalização da jurisdição, economia processual, dentre outros tantos princípios, sem abrir mão da segurança jurídica e das garantias do contraditório e da ampla defesa, evitando, por exemplo, que terceiros sejam afetados negativamente por processos dos quais efetivamente não participaram, o que não é garantido pelos termos do art. 22 da Lei 12.016/2009.

⁴⁹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo (arts.81 a 104 e 109 a 119)*. Vol. II., 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 204. BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do Mandado de Segurança*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 173-177. ZANETI JR., Hermes. *O ‘novo’ mandado de segurança*. Salvador: JusPodivm, 2013. pp. 262-265. ALMEIDA, Gregório Assagra de; CIANCI, Mirna. QUARTIERI, Rita. *Mandado de Segurança: introdução e comentários à Lei 12.016, de 7-9-2009 (artigo por artigo) com indicação do PLS n. 222/2010*. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 451-461. FERRARESI, Eurico. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. pp. 125-127. MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de Segurança individual e Coletivo*. 2.ed. São Paulo: RT, 2012. pp. 206-2012. DIDIER JR., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2011. p.379. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.451.

⁴⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I, 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.159.

No tocante aos limites subjetivos da coisa julgada, o traço mais evidente da incongruência entre a coisa julgada no mandado de segurança coletivo e o seu regime nos demais processos coletivos é a limitação de sua incidência aos membros do grupo capitaneado pelo legitimado em contraposição à extensão dos efeitos *ultra partes* (direitos coletivos em sentido estrito – art. 103, inc. II do CDC) e *erga omnes* (direitos difusos e individuais homogêneos – arts. 103, inc. I e III do CDC) se procedente a demanda.

Quanto aos direitos coletivos em sentido estrito, é clara a contradição interna da própria Lei 12.016/2009, visto que a indivisibilidade mencionada no art. 21, parágrafo único, inc. I não é sequer cogitada no art. 22, *caput*, que, a seu turno, limita o pronunciamento sobre esse direito indivisível aos membros do grupo, categoria ou classe vinculados ao legitimado. Ora, se há indivisibilidade, não há como deixar de existir extensão da *res judicata* àqueles a quem a impossibilidade de divisão aproveita. Logo, pela própria essência do direito, não haveria como negar a projeção *erga omnes* (direito difuso) ou *ultra partes* (direito coletivo em sentido estrito) da coisa julgada.⁴⁹²

No que concerne ao direito individual homogêneo, a extensão *erga omnes* nos casos de procedência da demanda é a regra (art. 103, inc. III do CDC), porém, isso também pouco importou ao legislador, que não reproduziu essa disciplina para o *writ*. Em relação a esses direitos acidentalmente coletivos, também a coisa julgada ater-se-á exclusivamente aos substituídos que tiverem vínculo com o legitimado.

⁴⁹² Segue a síntese do que pretendemos demonstrar: “por outro lado, a natureza indivisível dos interesses ou direitos ‘coletivos’ ensejará, não raro, a proteção de pessoas não pertencentes às associações autoras de ações coletivas. Não foi por outra razão que o inc. II do art. 103 estabeleceu que a sentença proferida nessas ações coletivas fará coisa julgada *ultra partes* ‘limitadamente ao grupo, categoria ou classe’. Vale dizer, se a ação coletiva é proposta, por exemplo, por um sindicato e ela é julgada procedente, a coisa julgada beneficiará não somente os seus filiados, como também todos os demais membros da mesma categoria, ainda que alguns deles não estejam filiados ao sindicato autor (...) o mesmo se pode dizer em relação à demanda coletiva ajuizada por Associação de Pais de Alunos contra uma ou várias escolas. Desde que objetive ela um provimento jurisdicional comum a todos que tutele, de modo uniforme, o interesse ou direito indivisível de todos os alunos, por exemplo, o critério para a atualização das mensalidades, a coisa julgada, se favorável à associação, beneficiará todos inclusive os alunos que não estejam a ela filiados” (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo* (arts.81 a 104 e 109 a 119). Vol. II., 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.75.)

Outro ponto de notória assistemática foi a rejeição da coisa julgada *secundum eventum litis*, visto que fora adotado o modelo da coisa julgada *pro et contra* sem temperamentos

Cumprido destacar também que foi afastada a hipótese da coisa julgada *secundum eventum probationis* – o que não chega a ser efetivamente uma assistemática, mas a perda de uma oportunidade de inovação. O legislador não se sensibilizou com a possibilidade de outra demanda coletiva ser proposta, desde que surgida a prova que era impossível de ser produzida no julgamento de mérito do *writ* coletivo. Essa rara hipótese poderia ocorrer a partir da falsa impressão do magistrado sobre a incontrovérsia fática. Explica-se: diante da cognição viável ao tempo do julgamento do *writ*, a incerteza não se apresentava, de modo era impossível que o juiz, naquele primeiro julgamento, pudesse prever a existência de provas vindouras que demonstrassem o equívoco de seu convencimento.⁴⁹³ Para esses casos em que existe a formação da *res judicata* com base em cognição “falseada”, a coisa julgada *secundum eventum probationis* seria de grande valia ao *mandamus* e para a coletividade.

Dando sequência aos destaques sobre a assistemática do art. 22 da Lei 12.016, este dispositivo ignorou também a opção do sistema processual coletivo pela coisa julgada *secundum eventum litis* para os direitos individuais homogêneos. Denegada a segurança, com resolução do mérito, a coisa julgada trará prejuízo aos indivíduos, quais sejam, os membros do grupo que forem vinculados ao legitimado (ex. sindicalizados de determinada entidade sindical), independente da ausência de participação efetiva destes últimos no contraditório. Dito de outro modo, a coisa julgada coletiva do *writ* implicará prejuízos aos terceiros, afronta clara a uma das linhas mestras do processo coletivo. Constatado, então, o abismo que separa o regime da *res judicata* no art. 22 da Lei 12.016/2009 e, principalmente, aquele previsto no CDC e na Lei de Ação Civil Pública. O legislador deu prioridade para a coisa julgada *pro et contra* sem temperamentos, antes de o instituto da representatividade adequada estar maduro o suficiente para justificar essa escolha (*supra*, 4.2).

⁴⁹³ ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 305.

5.3.2.2 A inconstitucionalidade do art. 22 da Lei nº 12.016/2009

Não há muitos na doutrina que sustentem a tese aqui defendida sobre ser inconstitucional a disciplina do art. 22 da Lei 12.016/2009. Em nossa maneira de pensar, não há como ignorar o que está escrito no dispositivo. Tampouco é possível, à nossa vista, empregar uma “interpretação sistemática”⁴⁹⁴ como se o art. 22 fosse conciliável com o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, pois não é. Em verdade, a disciplina da Lei do Mandado de Segurança e aquela empregada no Código de Defesa do Consumidor sobre a *res judicata* são contrastantes – tese e antítese –, e, portanto, são incompatíveis. Tampouco acreditamos existir lacuna normativa no art. 22, como defendem alguns autores,⁴⁹⁵ pois o dispositivo exauriu o regramento da coisa julgada no *writ* coletivo, tanto no tocante aos limites objetivos quanto aos subjetivos. Desse modo, não há espaço normativo vazio a ser supostamente preenchido pelo Código de Defesa do Consumidor acerca da matéria.

Em verdade, o texto do art. 22 da Lei 12.016/2009 é, em nossa ótica, inconstitucional. Confirmamos, assim, uma suspeita levantada Ada Pellegrini Grinover acerca da compatibilidade da norma com o texto da Carta Magna. Ao analisar o supracitado dispositivo, a autora asseverou que, por não haver previsão acerca da *res judicata* quanto aos direitos difusos e pela não acolhida da coisa julgada *secundum eventum litis* quanto aos direitos individuais homogêneos, “parece, portanto, que mesmo nesse caso a coisa atuará *pro et contra*, o que quebra o sistema e levanta dúvidas de constitucionalidade, pois a coisa julgada coletiva desfavorável não pode prejudicar quem não participou do contraditório”.⁴⁹⁶

Partindo da interpretação literal da norma, na hipótese de denegação da segurança, com resolução do mérito, independentemente do direito tutelado, a formação da coisa julgada poderá operar em desfavor de terceiros que não participaram do processo, quais

⁴⁹⁴ ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 446-447.

⁴⁹⁵ TESHEINER, José Maria Rosa. “Mandado de segurança coletivo”. *Revista de Processo*, n.182, ano 35, abril de 2010. p.16. ZANETI JR., Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2013. pp. 262-265. DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Coisa julgada no mandado de segurança coletivo (art. 22 da lei n. 12.016/2009)*. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 10 out. 2009. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/revista-eletronica/18-volume-1-numero-1-trimestre-01-10-2009-a-31-12-2009/86-coisa-julgada-no-mandado-de-seguranca-coletivo-art-22-da-lei-n-12-016-2009> - Acesso em: 23-Oct-2014.

⁴⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo (arts.81 a 104 e 109 a 119)*. Vol. II., 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.204.

sejam, os membros (filiados) ao legitimado. Para estes, a coisa julgada será sempre *pro et contra*, exceto se propuserem a própria demanda e dela não desistirem (*rectius*, não requererem sua suspensão – *infra*, 5.4.1). A realidade demonstra que o instituto da representatividade adequada ainda carece de lapidações para justificar que os interesses desses terceiros sejam devidamente tutelados no processo, a ponto de impor-lhes até a imutabilidade da decisão prejudicial. Até que esse momento de maturação da *adequacy of representation* não seja atingido, a mera potencialidade de geração de prejuízo a terceiros provoca ofensa à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, inc. LV, CF/88). Por esse motivo, não é possível que a norma estenda a alguém que não participou efetivamente do processo a coisa julgada desfavorável, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade. Como o art. 22 da Lei 12.016/2009 flerta com esse risco, seus termos são inconstitucionais.

Por outro prisma de análise, a norma em comento também viola o art. 5º, inc. XXXV da CF/88 (acesso à justiça), igualmente pelas circunstâncias que envolvem esse terceiro que tem contra si a formação da coisa julgada desfavorável, sem participar do processo. Isso porque, formada a *res judicata* coletiva prejudicial, a via individual estará fechada – hipótese inconcebível para os demais regramentos de processo coletivo. Em outras palavras, será negado o acesso à justiça a alguém que poderá sequer ter conhecimento de que algum dia existiu uma demanda coletiva e que, pior, esta lhe foi desfavorável. Assim, surgido o interesse individual de buscar a tutela jurisdicional, o caminho estará obstado. Cumpre ressaltar que, em tutela coletiva, “a regra geral é de que os indivíduos nunca sejam prejudicados pela ação coletiva”,⁴⁹⁷ o que não se observa na Lei 12.016, haja vista que, denegada a segurança e transitada em julgado a decisão, aqueles que têm vínculo com o impetrante não poderão buscar a satisfação do próprio direito.

Por tolher o acesso à justiça, o contraditório e a ampla defesa, o artigo 22 da Lei 12.016/2009 é absolutamente incongruente com o que reza a Constituição de 1988. Por essa razão, defendemos que a norma deve ser extirpada do ordenamento jurídico, o que criará um vazio normativo (similar ao de quando vigia a Lei 1.533/51) a ser preenchido por alguma norma que reja o *mandamus* da coletividade.

⁴⁹⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 455.

5.3.3 Impossibilidade de aplicação do Código de Processo Civil

Evidenciada a inconstitucionalidade do art. 22 da Lei 12.016/2009, o emprego do Código de Processo Civil para regular o mandado de segurança coletivo deverá ser descartado por levar às mesmas consequências norma a ser extirpada do ordenamento. Para se chegar a essa conclusão, contudo, é preciso fazer uma breve exposição sobre a coisa julgada e a substituição processual no processo individual.

Para Edoardo Garbagnati,⁴⁹⁸ a substituição processual não enseja a formação de coisa julgada *ao substituto*, ainda que seja este a parte em sentido processual e o sujeito processual que suportará os ônus do processo (ex. custas). A *res judicata* se formaria apenas para o substituído, independente da participação deste último no feito, sob pena de proferimento de decisão *inutiliter data* caso o pronunciamento jurisdicional não o vinculasse. Isso porque o substituto, na visão do autor, não é o titular da relação jurídica de direito substancial, o que, a seu ver, é pressuposto para a formação da coisa julgada.

Para José Frederico Marques⁴⁹⁹ e Waldemar Mariz De Oliveira Júnior,⁵⁰⁰ a coisa julgada vincula tanto o substituto quanto o substituído. Com relação a este último, à semelhança do argumento proposto por Garbagnati, a titularidade do direito material constituiria uma condição que, por si, já atrairia os efeitos da sentença e a própria coisa julgada,⁵⁰¹ ainda que a sua participação seja inexistente. No tocante ao substituto, o fato dele ser parte no processo, participante de todo o contraditório, deveria impedi-lo de rediscutir a demanda.

⁴⁹⁸ “Da parte nostra, riprendendo e sviluppando argomenti abbozzati in un precedente scritto (8), intendiamo qui dimostrare: a) Che nel processo condotto dal sostituto processuale la cosa giudicata si forma sempre, direttamente, nei confronti del sostituto, indipendentemente dalla sua partecipazione al processo medesimo. b) Che il sostituto non è viceversa soggetto alla cosa giudicata, perché, nonostante la veste di parte, non è titolare del rapporto giuridico litigioso”. (GARBAGNATI, Edoardo. *La sostituzione processuale nel nuovo Codice di Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1942. p. 279). Vide também pp. 295-296.

⁴⁹⁹ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. Vol II. p.232.

⁵⁰⁰ OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. *Substituição processual*. São Paulo: RT, 1971. p.169.

⁵⁰¹ OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. *Substituição processual*. São Paulo: RT, 1971. p.169.

Esta última posição – formação de coisa julgada ao substituto e substituído – tem ampla aceitação na doutrina nacional⁵⁰² acerca da substituição processual ocorrida no processo individual (ex. CPC, art. 42, § 3º).⁵⁰³ Ao pensar no processo coletivo, a dúvida acerca da extensão da coisa julgada ao substituído é diminuída,⁵⁰⁴ pois o artigo 103 do CDC estende a ele apenas a coisa julgada favorável, ou, caso haja insuficiência de provas, haverá possibilidade de repropositura da demanda com base em prova nova.

Como a tendência maior da doutrina é pela vinculação do substituto e do substituído à coisa julgada, a denegação da ordem, com resolução do mérito, seguirá prejudicando os integrantes do grupo substituído pelo impetrante (pessoas a este filiados), sendo que a concessão da segurança também seguirá sem estender a coisa julgada a todos os titulares do direito. Isso porque o legitimado seguirá como substituto processual tão somente do segmento do grupo por ele capitaneado: os terceiros que não estão de alguma forma a ele vinculados formalmente não serão beneficiados; enquanto aqueles que, embora filiados, não participaram efetivamente do contraditório, serão prejudicados.

Utilizar subsidiariamente o Código de Processo Civil, então, manteria a assistemática e inconstitucionalidade identificadas no art. 22 da Lei 12.016/2009. Persistindo o vácuo normativo – ao termos como certa a necessidade de extirpação do mencionado dispositivo – a solução por nós sugerida se encontra no tópico subsequente.

⁵⁰² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. pp. 79-80. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodvim, 2007. Vol I. p.171. BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 51. Em sentido contrário: “Nem se diga que a questão estaria resolvida porquanto é a lei que define os casos excepcionais de substituição. Em primeiro lugar, as previsões legais de substituição processual, em regra, não estabelecem expressamente a extensão da coisa julgada ao substituído. Ao contrário, o que se tem é a regra geral do art. 472. Depois, e mesmo que o fizessem, permaneceria o questionamento sobre sua harmonia com a Constituição”. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 114.

⁵⁰³ “Art. 42. A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes. (...) § 3º A sentença, proferida entre as partes originárias, estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário.”

⁵⁰⁴ Para não sermos mal interpretados, ponderamos o seguinte: a coisa julgada no processo coletivo é tema dos mais complexos na ciência processual. Na oportunidade em que afirmamos que a dúvida é diminuída, pautamo-nos tão somente na norma, visto que não há maiores dissensos sobre a intenção do legislador de evitar que os titulares do direito material sejam prejudicados com a formação da coisa julgada coletiva. A opção pode até ser criticável, a técnica que inviabiliza o prejuízo de terceiros também pode ser alvo de discussão, mas fato é que a norma quis que os mesmos não sofressem os malogros da improcedência.

5.3.4 Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: regra geral de processos coletivos

Até aqui, vimos que a Lei 1.533/51 não regulava o mandado de segurança coletivo, motivo pelo qual a doutrina e jurisprudência majoritárias defendiam o emprego da disciplina do Código de Defesa do Consumidor para a coisa julgada nele formada. Verificamos que, após o advento da Lei 12.016/2009 (especialmente do art. 22), a lei passou a reger integralmente a *res judicata* no *mandamus*, não deixando lacunas. A coisa julgada *pro et contra*, sem temperamentos, passou a ser adotada como regra no *writ* coletivo, inclusive em prejuízo de quem do processo não participou.

A assistemática estava escancarada. Os termos antagônicos entre o art. 22 da Lei 12.016 e aqueles previstos nas outras leis que regulam o processo coletivo não deixaram espaço para “salvar” a primeira norma mediante adoção de eventual interpretação sistemática. De tão discrepante, o teor do art. 22 da Lei 12.016 não permite diálogo com o microssistema de tutela coletiva. São disposições inconciliáveis. Bem distante das preocupações da tutela processual coletiva, a regra acabou por violar duas premissas básicas de qualquer diploma processual voltado aos direitos da coletividade: (i) não prejudicar terceiros que não participaram do processo e (ii) não fechar as portas do Poder Judiciário ao indivíduo – lembrando que, inusitadamente, o indivíduo será prejudicado até quando o direito discutido for difuso ou coletivo em sentido estrito, bastando que haja um vínculo formal entre ele e o legitimado para que recaia o manto da coisa julgada. Assim, como esses dois pontos inobservados encontram guarida no texto Constitucional – pois são manifestações dos princípios do contraditório/ampla defesa (art. 5º, inc. LV, CF/88) e do acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV, CF/88) –, o dispositivo que atualmente rege a coisa julgada no *writ* coletivo é inconstitucional, o que evidencia a necessidade de empregar normas consentâneas à tutela processual coletiva no tocante à coisa julgada oriunda do *writ*.

Na evolução da construção aqui erigida, concluímos que o regramento adotado não poderia ser o Código de Processo Civil, tendo em vista que, em última análise, as mesmas consequências do art. 22 da Lei 12.016 seriam geradas.

É o momento, então, de analisarmos o emprego do Código de Defesa do Consumidor à espécie, posição já defendida por muitos que, embora não entendam pela

inconstitucionalidade do art. 22 da Lei 12.016, acreditam na possibilidade de conciliação entre este e aquele.⁵⁰⁵ Afinal, sendo o mandado de segurança coletivo uma demanda coletiva como outra qualquer, linhas gerais, estará sujeito às regras e princípios das ações de mesma natureza, naquilo que for compatível.

Para Cassio Scarpinella Bueno,⁵⁰⁶ no que diz respeito aos limites subjetivos da coisa julgada, o legitimado para a tutela coletiva, por ser o representante adequado eleito pela própria Constituição Federal (no caso do *mandamus*), seria gabaritado o suficiente para pleitear a tutela jurisdicional daqueles que não estão em juízo. Desse modo, a coisa julgada deveria ser estendida aos titulares do direito em sua totalidade. Complementa o autor que a categoria do direito (difusos, coletivos ou individuais homogêneos) apenas define o legitimado e não os limites subjetivos. Em arremate, diante da restrição à incidência dos efeitos do julgado a todos os substituídos, aduz que a melhor solução seria o emprego do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor⁵⁰⁷ (coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes*).

Hermes Zaneti Jr., autor de preciosa obra sobre mandado de segurança coletivo⁵⁰⁸ (sendo o trabalho pioneiro anterior à entrada em vigor da Lei 12.016/2009), publicou artigo⁵⁰⁹ (e outro livro)⁵¹⁰ em que também defende a aplicação do Código de Defesa do

⁵⁰⁵ ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. Coisa Julgada no Mandado de Segurança Coletivo e a Lei n. 12.016/2009. *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. Alberto Camiña Moreira, Anselmo Prieto Alvarez, Gilberto Gomes Bruschi (coord.) São Paulo: Saraiva, 2011. p.302. BENJAMIN, Antônio Herman; ALMEIDA, Gregório Assagra de. Art. 22. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. Napoleão Nunes Maia Filho, Caio Cesar Vieira Rocha, Tiago Asfor Rocha Lima (org.). São Paulo: RT, 2010. pp. 315-317. ARAÚJO, Fábio Caldas de; MEDINA, José Miguel Garcia. *Mandado de Segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016/2009, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 206. FAVRETO, Rogerio; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Art. 22. *Comentário à Lei do Mandado de Segurança*. Luiz Manoel Gomes Junior (et al.). 3.ed. São Paulo: RT, 2012. p. 243. ZANETI JR., Hermes. *O 'novo' mandado de segurança*. Salvador: JusPodivm, 2013. pp. 262-265. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 454-455. ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 446-447.

⁵⁰⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do Mandado de Segurança*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp.174-175.

⁵⁰⁷ “Melhor seria, no particular, até mesmo por força da dicotomia que a própria Lei n.12.016/2009 adota no parágrafo único de seu art.21, o emprego da solução dada, à hipótese, pelo art. 103 do Código do Consumidor, que, à falta de regra específica, era indiscutivelmente a regente à espécie com as devidas adaptações, das as peculiaridades do mandado de segurança”. (BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do Mandado de Segurança*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp.175-176.)

⁵⁰⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controversos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2001.

⁵⁰⁹ ZANETI JR., Hermes. *Mandado de Segurança Coletivo. Ações Constitucionais*. Fredie Didier Jr. [org.]. 5.ed. Salvador: JusPodivm, 2011. pp.155-214.

⁵¹⁰ ZANETI JR., Hermes. *O 'novo' mandado de segurança*. Salvador: JusPodivm, 2013. pp. 262-265.

Consumidor para que os limites subjetivos da coisa julgada se estendam *erga omnes* (direitos difusos e individuais homogêneos) ou *ultra partes* (direitos coletivos em sentido estrito). Cumpre acrescentar que, para Zaneti Jr., não há sentido algum na vinculação dos membros do grupo, categoria ou classe, nos casos de improcedência, pois terceiros seriam prejudicados, o que violaria o princípio do devido processo legal. Afirma que “na verdade continua valendo a regra do CDC, a extensão subjetiva da coisa julgada apenas irá ocorrer em benefício dos titulares de direitos individuais, nos casos de procedência da demanda coletiva”,⁵¹¹ o que revelaria uma coisa julgada *secundum eventum*, como regra.

Apesar das vozes dissonantes⁵¹² ao nosso entendimento, aplicar a coisa julgada *pro et contra* (sem quaisquer temperamentos) significa a transposição de um instrumento típico da tutela individual para outro pretensamente de natureza coletiva. Os reflexos dessa opção seriam a formação de coisa julgada material tanto nos casos de concessão quanto nos casos de denegação da segurança (com resolução do mérito), sujeitando terceiros à coisa julgada desfavorável. Ocorre que a alternativa é temerária: o indivíduo estaria vinculado à imutabilidade de um pronunciamento jurisdicional do qual não participou. Em havendo sentença de concessão da segurança, não haveria prejuízo, contexto este que se inverte completamente na hipótese de denegação (com resolução do mérito), pois pode ocorrer a má defesa dos interesses do grupo pelo legitimado e, como consequência, a coisa julgada vinculará toda a categoria para negar-lhe o direito afirmado.

Em nossa ótica, a construção do raciocínio para respaldar o emprego do Código de Defesa do Consumidor ao *writ* coletivo é relativamente simples e pode ser sintetizada no texto de uma norma (o art. 21 da Lei 7.347/1985), visto que “*aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor*”.⁵¹³ Dentre as disposições

⁵¹¹ ZANETI JR., Hermes. Mandado de Segurança Coletivo. *Ações Constitucionais*. Fredie Didier Jr. [org.]. 5.ed. Salvador: JusPodivm, 2011. p.200.

⁵¹² GRECO FILHO, Vicente. *O novo mandando de segurança: comentários à Lei N. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.59. No mesmo sentido: REDONDO, Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; CRAMER, Ronaldo. *Mandado de segurança: comentários à Lei 12.016/2009*. São Paulo: Método, 2009. p.153. CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves. *Mandado de Segurança individual e Coletivo: a Lei nº 12.016/2009 Comentada*. Niterói. Impetus, 2010. p.148. AMARAL, Paulo Osternack. SILVA, Ricardo Alexandre. Mandado de Segurança Coletivo. *Revista Dialética de Direito Processual*. n.105. 2011, p. 98.

⁵¹³ No mesmo sentido: ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. Coisa Julgada no Mandado de Segurança Coletivo e a Lei n. 12.016/2009. *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em*

que se encontram no mencionado Título III do CDC, está a disciplina sobre a coisa julgada coletiva (art. 103 e ss. do CDC).

Nesse sentido, como o mandado de segurança coletivo é garantia constitucional voltada para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, violados por ato lesivo da autoridade coatora, a inarredável conclusão a que chegamos é a seguinte: diante da inconstitucionalidade do art. 22 da Lei 12.016/2009, é o art. 103 do CDC que servirá como regramento da *res judicata* havida no mandado de segurança coletivo.

Desse modo, é possível extrair duas regras gerais do que até aqui construímos acerca da *res judicata* no *mandamus* coletivo.⁵¹⁴

- (i) *inexistindo a prova das alegações afirmadas pelo impetrante, ou seja, faltando o direito líquido e certo (condição da ação), pouco importará se o writ é coletivo ou individual, o magistrado não enfrentará o mérito (art. 19 c/c art. 6º, parágrafo 6º, ambos da Lei 12.016/2009), e, como consequência típica da cognição secundum eventum probationis, deverá extinguir o processo nos termos do art. 267 do CPC. O impetrante poderá repetir o mandamus, corrigindo o vício originário, ou buscar as vias ordinárias para, com dilação probatória, comprovar as alegações;*
- (ii) *existindo prova das alegações afirmadas pelo impetrante, ou seja, presente o direito líquido e certo (condição da ação), a coisa julgada respeitará os ditames do art. 103 do CDC, sem qualquer repercussão na esfera individual.*

Esse entendimento se mostra mais adequado aos anseios da tutela coletiva. Do contrário, a coisa julgada em mandado de segurança coletivo, pela letra fria da Lei 12.016/2009, prejudicaria terceiros (em caso de denegação da segurança, com resolução do mérito) e não se estenderia a todos os titulares do direito (em caso de concessão da segurança), pois o critério de extensão seria o vínculo do titular com o legitimado e a abrangência da atuação deste último. Ora, a coisa julgada coletiva deve prestigiar a

homenagem ao professor Sérgio Shimura. Alberto Camiña Moreira, Anselmo Prieto Alvarez, Gilberto Gomes Bruschi (coord.) São Paulo: Saraiva, 2011. p.302.

⁵¹⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 454-455.

economia processual e a universalização da jurisdição para que seja aproveitada ao maior número de pessoas possível.

Resta-nos especificar como a coisa julgada no *writ* coletivo irá operar em relação a cada direito violado nos casos em que houver enfrentamento do mérito. Afinal, nos casos em que não houver, já expusemos que o objeto do *mandamus* não será apreciado.

5.3.4.1 Direitos individuais homogêneos e coisa julgada em MS coletivo

Visto que o art. 22 da Lei 12.016 é inconstitucional e assistemático, o Código de Defesa do Consumidor deverá ser invocado para disciplinar a coisa julgada no mandado de segurança coletivo. Nessa toada, a *res judicata* formada no *writ* impetrado para a defesa de direitos individuais homogêneos respeitará o art. 103, inc. III do CDC, ou seja, será “*erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores*”, ou seja, será aplicada à espécie a coisa julgada *erga omnes* e *secundum eventum litis*.

Nesse sentido, concedida a segurança, transitada em julgado a decisão, os legitimados estarão impedidos de propor nova demanda coletiva (com o mesmo objeto do *mandamus* originário) e a coisa julgada aproveitará a todos os indivíduos (*erga omnes*, nos termos do art. 103, inc. III do CDC). Mesmo não havendo a intervenção (como litisconsorte ou como assistente – art. 94 do CDC), os indivíduos serão agraciados com a formação da coisa julgada em seu favor.⁵¹⁵ Esta será também a consequência benéfica que recairá sobre os indivíduos que ingressem no *writ* coletivo, pois, na condição de participantes do contraditório havido processo, com muito mais razão a coisa julgada lhes aproveitará.

A única hipótese do não aproveitamento da coisa julgada coletiva que concede a segurança no *mandamus* residirá naquela situação em que, em razão do ato coator, o

⁵¹⁵ É interessante o ponto de vista de Botelho de Mesquita sobre esse ponto: “como qualquer um pode perceber sem maior dificuldade, não há coisa julgada *secundum eventum litis*. A imutabilidade e a indiscutibilidade entre as partes ocorre toda vez que uma sentença transita em julgado. A eficácia da sentença, no entanto, como não poderia deixar de ser, depende inteiramente do conteúdo da decisão; só ocorre *secundum eventum litis*”. (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.28).

indivíduo propõe a própria demanda (seja ela um *writ*, ação de rito ordinário ou outra qualquer), e, ciente da impetração do mandado de segurança coletivo, não requer a suspensão do seu processo no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência. Nesse caso, o Código de Defesa do Consumidor (art. 104) “adota o critério norte-americano do *opt out*”,⁵¹⁶ conferindo ao indivíduo a assunção dos riscos de suas escolhas, provocando a situação acima descrita: a sentença coletiva é concessiva da segurança, mas não aproveitará esse indivíduo que entendeu por bem não suspender o seu próprio processo. Na situação oposta, por óbvio, aquele que requereu a suspensão será beneficiado.

Conforme já expusemos (*supra*, 5.1), na denegação da segurança *sem resolução do mérito*, não existe diferença entre os *writs* individual e coletivo, sendo que duas hipóteses ocorrerão: (i) as partes serão remetidas às vias ordinárias; ou, (ii) corrigida a irregularidade, o *mandamus* poderá ser novamente impetrado (art. 19 c/c art. 6º, parágrafo 6º, ambos da Lei 12.016/2009).

Denegada a segurança *com resolução do mérito*, estará obstada para os demais legitimados a propositura de nova demanda coletiva (com idêntico objeto do *mandamus*).⁵¹⁷ Os indivíduos que participaram do contraditório, na condição de partes (litisconsortes) ou assistentes, terão contra si a formação de coisa julgada, nos moldes do art. 472 do CPC (e art. 103, § 2º do CDC).⁵¹⁸ Assim, eles não poderão rediscutir o mérito em demandas judiciais próprias, afinal, na espécie, a coisa julgada é *pro et contra*. Esta última, repita-se, somente ocorrerá em relação a esses indivíduos que efetivamente

⁵¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo (arts.81 a 104 e 109 a 119)*. Vol. II., 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.213.

⁵¹⁷ “Disso é possível extrair que: (a) se a sentença em individuais homogêneos for procedente, para os legitimados coletivos haverá sempre coisa julgada material; (b) quanto aos indivíduos, só serão beneficiados, não prejudicados”. (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. 2.ed. São Paulo: RT, 2011. p. 292).

⁵¹⁸ “Caso o mandado de segurança verse interesses individuais homogêneos, aplicar-se-á a sistemática do art. 103, III, do Código de Defesa do Consumidor. Em caso de procedência, a coisa julgada operará efeitos erga omnes; em caso de improcedência, ações individuais, inclusive o mandado de segurança individual (se dentro dos 120 dias de que trata o art. 23 da lei 12.016/09), não serão obstadas a menos que o interessado tenha atuado no mandado de segurança coletivo como litisconsorte (art. 103, § 2º).” ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. *Coisa Julgada no Mandado de Segurança Coletivo e a Lei n. 12.016/2009. Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. Alberto Camiña Moreira, Anselmo Prieto Alvarez, Gilberto Gomes Bruschi (coord.) São Paulo: Saraiva, 2011. p. 303.

participaram do contraditório havido no processo coletivo, pois, para os demais, a coisa julgada só beneficia (*secundum eventum litis*).⁵¹⁹

Ainda na hipótese de denegação da segurança com resolução do mérito, a coisa julgada não será formada em relação ao indivíduo que foi comprovadamente cientificado nos autos da própria demanda individual sobre a impetração do mandado de segurança coletivo, mas não requereu a suspensão do seu processo no prazo de 30 (trinta) dias contados dessa ciência. Por sua vez, aqueles que requereram a suspensão das demandas individuais também não terão contra si a formação da coisa julgada, pois, extinta a causa suspensiva, haverá o prosseguimento dos seus próprios processos.⁵²⁰

Por derradeiro, como resultado da coisa julgada *secundum eventum litis*, a decisão denegatória da segurança (no mérito) também não adquirirá a qualidade da imutabilidade em relação aos indivíduos que *não promoveram as próprias demandas* individuais e que tampouco participaram do contraditório havido no processo coletivo (como *litisconsortes* ou como *assistentes*).⁵²¹ Estes ainda poderão propor ações individuais sem prejuízo. Isso ocorrerá porque a coisa julgada coletiva só poderia ter-lhes beneficiado e, com a denegação do *writ* (no mérito) a extensão da coisa julgada prejudicaria quem do processo coletivo não participou.

⁵¹⁹ Em sentido semelhante: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2006. p. 320.

⁵²⁰ “Observe-se que ‘não serão prejudicadas as ações individuais’, não ocorrerá coisa julgada material quanto a elas, porém, ocorrerá quanto aos sujeitos (*erga omnes*) a eficácia natural da sentença como decisão emanada de órgão de Estado. O direito será afirmado em sentença, mas poderá ser discutido em ação cabível justamente porque não houve contraditório suficiente em relação ao substituído, podendo este produzir provas e aduzir elementos jurídicos não levantados em consideração ao *writ* coletivo. A decisão nas ações coletivas trará sempre alguma influência sobre as ações individuais mesmo quando denegatória no mérito, contudo essa será, por agora, apenas persuasiva (não-vinculante)”. (ZANETI JR., Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2013. p.249).

⁵²¹ Em sentido sensivelmente diverso do nosso, vide o seguinte trecho: “assim como na ação coletiva em defesa de direitos superindividuais, a coisa julgada coletiva se formará independentemente do resultado da demanda, seja a ação julgada procedente ou improcedente. A coisa julgada se forma *pro et contra*, e não *secundum eventum litis*. O que é *secundum eventum litis* é a extensão *in utilibus* da coisa julgada para a esfera individual das vítimas do evento”. (GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p.140).

5.3.4.2 Direitos difusos, coletivos em sentido estrito e coisa julgada em MS coletivo

Sustentamos que a tutela dos direitos difusos pela via do *writ* é possível (*supra*, n. 2.4.3), o que, evidentemente, ensejará uma decisão passível de assunção da qualidade de imutabilidade. Não terão outro desfecho as decisões proferidas acerca dos direitos coletivos em sentido estrito, aos quais o art. 21, parágrafo único, inc. I da Lei 12.016/2009 fez menção expressa.

Conforme a construção até aqui desenvolvida, a inconstitucionalidade do art. 22 da Lei 12.016/2009 faz com que o marco normativo para a disciplina da coisa julgada em relação aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito sejam os incs. I e II, respectivamente, do art. 103 do CDC.

Desse modo, *nas hipóteses de concessão da segurança*, a coisa julgada será *erga omnes*, em relação aos direitos difusos, e *ultra partes*, no tocante aos direitos coletivos em sentido estrito.⁵²² Outra demanda coletiva, idêntica ao *mandamus* coletivo que originou a decisão, não poderá ser reproposta por nenhum outro legitimado. Caso interessante será o de aplicação do art. 103, § 3º do CDC, pois, concedida a ordem, o transporte *in utilibus* da coisa julgada estará viabilizado, ou seja, haverá uma ampliação *ope legis* do objeto do *mandamus* para beneficiar as vítimas⁵²³ do ato lesivo praticado por autoridade coatora “sem necessidade de nova sentença condenatória, mas passando-se incontinenti à liquidação, nos termos do disposto nos arts. 97 a 100 do Código”.⁵²⁴ Essa medida será de grande valia nos casos em que o *mandamus* traga repercussões patrimoniais.⁵²⁵

⁵²² Sobre a distinção entre as expressões “*erga omnes*” e “*ultra partes*”: “no que tange à utilização de expressões distintas para designar os efeitos da coisa julgada nas hipóteses de direitos difusos e coletivos stricto sensu – *erga omnes* e *ultra partes*, respectivamente – ela se justifica, a nosso ver, pela diferença existente entre direito difuso e direito coletivo (titularidade), ou seja, no fato de que a coisa julgada *ultra partes* atinge todos os integrantes de uma determinada categoria, classe ou grupo (os titulares do interesse coletivo tutelado são determináveis), enquanto que a coisa julgada *erga omnes* se produz com relação a toda coletividade (titulares indeterminados)” (PIZZOL, Patricia Miranda. *Coisa Julgada nas ações coletivas*. Disponível em: http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf. Acesso em: 28 de maio de 2013.)

⁵²³ É evidente que os sucessores das vítimas estarão contemplados com a possibilidade do transporte *in utilibus*.

⁵²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo (arts. 81 a 104 e 109 a 119)*. Vol. II., 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.205.

⁵²⁵ “Também nas hipóteses de concessão da segurança coletiva, com procedência do pedido, é cabível a transferência *in utilibus* da coisa julgada coletiva para beneficiar integrantes de outros grupos, classes ou coletividades de pessoas que estejam na mesma situação fática e jurídica, conforme se extrai do §3.º do art. 103 do CDC, aplicável no Mandado de Segurança Coletivo por força do art. 21 da LACP.” (BENJAMIN,

Contudo, não terá serventia o transporte *in utilibus* para a vítima que tenha proposto a sua demanda individual e, mesmo cientificada nos autos da existência *mandamus* coletivo, não suspendeu própria demanda no prazo de 30 dias contados da ciência (art. 104 do CDC).⁵²⁶ Se houver a suspensão, evidentemente a coisa julgada beneficiará aquele que atendeu ao requisito do art. 104 do CDC. Vale ressaltar que não há que se cogitar a hipótese de desistência da demanda individual como previu o art. 22, § 1º da Lei 12.016/2009, pois o dispositivo é inconstitucional (*infra*, n. 5.4.1).

Hipótese interessante ocorrerá se não houver a cientificação dos indivíduos em suas respectivas demandas individuais e, com o advento do trânsito em julgado da sentença concessiva de segurança, sobrevier decisão individual desfavorável. Neste caso, alguns autores entendem que será hipótese de propositura de ação rescisória pelo indivíduo prejudicado, no prazo decadencial de dois anos, pela prévia existência de coisa julgada (art. 485, inc. IV do CPC).⁵²⁷ De outro modo, ainda no contexto em que não há cientificação do indivíduo no processo em que este promove, se primeiro transitar em julgado a demanda individual desfavorável, haverá hipótese de rescisória se sobrevier imutabilidade de eventual sentença coletiva favorável no *writ*. O fundamento para esta última situação será a violação literal a dispositivo de lei (art. 485, inc. V do CPC), uma vez que a combinação dos arts. 103, inc. I e II, 103, § 3º e 104, todos do CDC, permitem o transporte *in utilibus* da coisa julgada favorável.⁵²⁸ Contudo, em nosso entender, se não houver cientificação, a coisa julgada coletiva favorável aproveitará o indivíduo, ainda que haja coisa julgada individual (anterior) em seu desfavor.

Antônio Herman; ALMEIDA, Gregório Assagra de. Art. 22. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. Napoleão Nunes Maia Filho, Caio Cesar Vieira Rocha, Tiago Asfor Rocha Lima (org.). São Paulo: RT, 2010. p. 317).

⁵²⁶ A ciência sobre a qual nos referimos não é outra senão aquela que se opera no processo individual. Em outras palavras, haverá verdadeiro ônus à autoridade coatora (*rectius*, pessoa jurídica interessada) de informar a existência da impetração nos casos individuais. Em sentido semelhante, comentando acerca da ação civil pública: LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3.ed. São Paulo: RT, 2008. pp. 242-244. No mesmo sentido: ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 417-418.

⁵²⁷ LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3.ed. São Paulo: RT, 2008. pp. 242-244. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria das ações coletivas*. 2.ed. São Paulo: RT, 2007. p. 471.

⁵²⁸ Em sentido semelhante, comentando acerca da ação civil pública: LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3.ed. São Paulo: RT, 2008. pp. 242-244. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria das ações coletivas*. 2.ed. São Paulo: RT, 2007. p. 471.

Evoluindo no estudo do tema, denegada a segurança, *sem resolução do mérito*, pela ausência de provas para comprovação das alegações do impetrante – em outras palavras, ausente o direito líquido e certo –, ou as partes serão remetidas às vias ordinárias (para lá produzirem a prova), ou, sanado o vício, a nova impetração do *mandamus* estará autorizada a qualquer legitimado. Essa consequência da cognição *secundum eventum probationis* não operará em função do emprego dos incs. I e II, do art. 103 do CDC – que fazem menção à improcedência por ausência de provas –, mas sim em razão da peculiaridade do mandado de segurança, individual ou coletivo, de não tolerar a controvérsia fática e admitir apenas a prova documental pré-constituída (art. 19 c/c art. 6º, parágrafo 6º, ambos da Lei 12.016/2009).

Denegada a segurança, com *resolução do mérito*, a coisa julgada se formará nos limites da prova documental produzida e vinculará todos os legitimados, sendo que estes não poderão propor outra ação coletiva com o mesmo objeto do *mandamus* originário.⁵²⁹

No que diz respeito ao prejuízo a terceiros, suspendendo ou não as suas ações individuais, as vítimas da lesão causada pelo ato coator não serão prejudicadas pela coisa julgada coletiva desfavorável formada no *writ*, restando aberta a via individual (art. 103, §1º e 3º), valendo ressaltar que as ações individuais suspensas poderão ser retomadas.⁵³⁰

⁵²⁹ “Por outro lado, se houver denegação da segurança em seu mérito, com a improcedência do pedido formulado no mandado de segurança coletivo, a coisa julgada se formará no máximo *ultra partes* para atingir o impetrante, o impetrado e outros legitimados coletivos ativos, que não poderão propor novamente a mesma ação coletiva; entretanto os seus efeitos não prejudicam os integrantes da coletividade, do grupo, da categoria ou classe. A essa conclusão se chega mediante a aplicação, pelo diálogo das fontes, do disposto nos §§1.º e 2.º do art. 103 do CDC (art. 21 da LACP)”. (BENJAMIN, Antônio Herman; ALMEIDA, Gregório Assagra de. Art. 22. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. Napoleão Nunes Maia Filho, Caio Cesar Vieira Rocha, Tiago Asfor Rocha Lima (org.). São Paulo: RT, 2010. p. 316.) No mesmo sentido: FAVRETO, Rogerio; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Art. 22. *Comentário à Lei do Mandado de Segurança*. Luiz Manoel Gomes Junior (et al.). 3.ed. São Paulo: RT, 2012. p. 243.

⁵³⁰ “De qualquer forma, os interesses individuais não serão prejudicados pela improcedência do mandado de segurança coletivo nesses casos (art. 103, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor), que poderão inclusive utilize-se do mandado de segurança individual, desde que, evidentemente, observado o prazo do art. 23 da Lei n. 12.016/2009.” (ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. *Coisa Julgada no Mandado de Segurança Coletivo e a Lei n. 12.016/2009. Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. Alberto Camiña Moreira, Anselmo Prieto Alvarez, Gilberto Gomes Bruschi (coord.) São Paulo: Saraiva, 2011. p. 303.)

5.4 Relação entre as coisas julgadas no MS individual e coletivo

O art. 22, §1º da Lei 12.016/2009⁵³¹ trata de dois temas distintos: litispendência e o aproveitamento da coisa julgada pelo indivíduo, sendo este último o objeto deste tópico.

Evoluindo no raciocínio, uma primeira leitura do dispositivo pode denotar que o aproveitamento da coisa julgada coletiva, pelo indivíduo, se dará apenas se a demanda individual se tratar também de mandado de segurança. Essa conclusão, entretanto, não é a correta.⁵³²

Durante todo o presente estudo, nosso esforço foi o de posicionar o mandado de segurança coletivo como verdadeira demanda a serviço da tutela coletiva, não como reles mandado de segurança adornado. Ferramenta a serviço da coletividade que é, o *writ* coletivo tem o potencial de gerar decisões de amplitudes magnas, que não diferem de outras demandas dessa natureza. O *mandamus* da coletividade poderá ter como objeto direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, à semelhança de outros processos coletivos, a ponto de poder ser reconhecida litispendência entre estes e aquele (*infra*, n. 6.2.2).

O que queremos explicitar é que o *writ* coletivo pode atingir, indistintamente, os indivíduos, inclusive aqueles que proponham demandas próprias, diversas do mandado de segurança.

Na primeira parte do art. 22, §1º da Lei 12.016/2009, a norma faz alusão à não indução de litispendência para “as ações individuais” – ou seja, não necessariamente um *writ* individual –, mas, na segunda parte, não repete o texto quando trata do aproveitamento da coisa julgada. Parece que a norma limitou a extensão da coisa julgada somente àqueles

⁵³¹ Art. 22, §1º da Lei 12.016/2009: “O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva”.

⁵³² No mesmo sentido: “as ‘ações individuais’, mencionada na norma, devem ser entendidas não apenas como mandados de segurança individuais, mas também como qualquer ação individual que possa gerar, para o indivíduo, o mesmo resultado do mandado de segurança coletivo”. (REDONDO, Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; CRAMER, Ronaldo. *Mandado de segurança: comentários à Lei 12.016/2009*. São Paulo: Método, 2009. p.155). No mesmo sentido: ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p.345.

que tenham impetrado mandado de segurança individual e que *suspenderam*⁵³³ a tramitação *mandamus* para aguardar o resultado da demanda coletiva. Se assim fosse, o microsistema de tutela coletiva seria incoerente: todos os indivíduos, em potência, poderiam se beneficiar da coisa julgada em mandado de segurança coletivo, exceto aquele que tenha deduzido sua demanda individual diversa do *writ*, pessoa que sequer poderia requerer a suspensão do seu processo para aguardar o desfecho da demanda coletiva. O raciocínio é absolutamente avesso ao princípio da economia processual e em nada comunga com a lógica. O *writ* coletivo é demanda coletiva como outra qualquer e, nesse sentido, a coisa julgada nele originada beneficia o indivíduo que propõe demanda de rito ordinário (por exemplo), desde que nesta seja requerida a suspensão do processo individual, no prazo de 30 dias, a contar da ciência da existência do *mandamus* da coletividade (nos termos do art. 104 do CDC).⁵³⁴ Ademais, não há que se cogitar de pedir a desistência das demandas individuais diversas do mandado de segurança para aproveitamento da *res judicata*, isso porque tampouco para o *writ* individual se aplica a segunda parte do art. 22, §1º da Lei 12.016/2014 – trecho que estabelece essa condição –, em vista da inconstitucionalidade que acomete o dispositivo.

5.4.1 Condição para extensão da coisa julgada no MS coletivo ao indivíduo. Desistência x suspensão: a inconstitucionalidade e assistemática do parágrafo 1º do art. 22 da Lei nº 12.016/2009

Desde já consignamos nosso entendimento de que a norma constante do art. 22, §1º da Lei 12.016⁵³⁵ é inconstitucional e assistemática tanto em relação a outras normas de tutela coletiva quanto em relação ao próprio *caput* do art. 22. Empregado o argumento *ad absurdum*, é possível até concluir que, pelo emprego do verbo beneficiar (“beneficiarão” –

⁵³³ Não haverá desistência, mas sim suspensão (*infra*, 5.4.1).

⁵³⁴ Embora entenda que a desistência se impõe ao impetrante individual que queira se aproveitar da coisa julgada do *mandamus* coletivo, Carreira Alvim entende que à ação de conhecimento se aplica a suspensão, o que faz pelas seguintes razões: “como o §1º do art. 22 da LMS só alude à desistência de seu mandado de segurança, embora não desconhecasse que outra poderia ser a ação –, como, por exemplo, a ação de conhecimento –, e a ela não aludiu, impõe-se a interpretação restritiva, pelo que *inclusio unius, exclusio alterius*, devendo ser aplicado subsidiariamente o art. 104 do CDC.” (ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p.345).

⁵³⁵ Art. 22, § 1º da Lei 12.016/2009: No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante. § 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

futuro do presente do indicativo), o parágrafo primeiro excepciona o *caput* para adotar a coisa julgada *secundum eventum litis* apenas para aqueles membros do grupo, categoria ou classe que desistiram de seus respectivos mandados de segurança individuais. Essa, no entanto, não será a abordagem principal do tópico, mas sim o ataque ao comando que impõe a desistência do *writ* individual. Antes, porém, nos próximos dois parágrafos nos valeremos do argumento *ad absurdum* para, curiosamente, extrair uma interpretação gramatical válida da norma, embora saibamos que não fora essa a ideia do legislador.

Impõe o art. 22, §1º da Lei n. 12.016/2009, que a coisa julgada não se estenderá ao impetrante individual (para beneficiá-lo) se este não requerer a *desistência* do seu próprio *writ* no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência comprovada⁵³⁶ da propositura da via mandamental coletiva. A norma optou pela desistência do mandado de segurança individual como condicionante do aproveitamento da coisa julgada coletiva *favorável*. Se *desfavorável*, ou seja, se, no mérito, for denegada a segurança, a coisa julgada não se formará de modo algum para o impetrante individual que desistiu de seu próprio *mandamus*, pois se a lei fez menção exclusiva ao “benefício”, *contrario sensu*, alijou o prejuízo de sua incidência.

Em outros termos, a partir de uma interpretação conjunta do *caput* do art. 22 e de seu parágrafo primeiro, para escapar da coisa julgada *pro et contra* (*caput*) – independente de já termos nos posicionado pela inconstitucionalidade dessa norma –, bastaria ao membro do grupo, categoria ou classe impetrar seu próprio *writ* e dele desistir. Nesse caso, se o membro do grupo, categoria ou classe permanecer inerte, sem exercer individualmente o seu direito de ação e deixando que o legitimado extraordinário atue em seu nome, a coisa julgada se forma para beneficiá-lo ou prejudicá-lo. De outra sorte, pela leitura do parágrafo primeiro, aquele que impetrou o *writ* poderá, somente, beneficiar-se do pronunciamento jurisdicional porque a norma nada mencionou sobre prejuízo e, desse modo, fez ressalva ao *caput*. Denegada, no mérito, a segurança, ainda estará aberta a via individual.

⁵³⁶ “O que salva o dispositivo é que os efeitos da sentença coletiva não beneficiarão o autor individual se este não desistir da sua ação em 30 dias, sujeitando-se ao que for decidido na sua ação, mas desde que se comprove a ciência da impetração coletiva por meio oficial. Não basta, no caso, a ciência comum como, por exemplo, a divulgação em jornais, ainda que de circulação nacional”. (GRECO FILHO, Vicente. *O novo mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.60).

Abandonando essas absurdas ilações – todas voltadas para a demonstração de nossa posição –, os defensores do texto da norma não percorrem o caminho acima trilhado, adotando uma linha consistente e fundamentada, embora com ela não concordemos. A defesa pela desistência do mandado de segurança individual guardaria coerência com a intenção do legislador de consagrar a coisa julgada *pro et contra* para os substituídos. O dispositivo impediria o conflito lógico e prático entre a *res judicata* coletiva e a individual, de maneira que “se o indivíduo opta pelo mandado de segurança coletivo e transita em julgado uma sentença coletiva desfavorável, ele é atingido pela coisa julgada coletiva e, por conseguinte, não pode mais perseguir, na sua ação individual outro resultado”.⁵³⁷

Ora, é na obrigação da desistência do *mandamus* pelo impetrante individual que reside a indignação de parcela da doutrina.⁵³⁸ Em grande monta, essa insatisfação situa-se na possibilidade do mandado de o segurança coletivo ser julgado improcedente e o prazo decadencial⁵³⁹ da demanda individual se esvaír, suprimindo sobremaneira o direito de ação dos indivíduos contra lesão ou ameaça a direito líquido e certo. No entanto, embora tenha praticamente impossibilitado a chance de um novo *writ*, a nosso ver, o legislador não inviabilizou a via singular consubstanciada em qualquer outro processo individual diverso do *mandamus*.

Todo o arcabouço normativo, em tutela coletiva, concede inteira liberdade ao indivíduo de propor sua própria demanda.⁵⁴⁰ Se for esse o seu desejo, o caminho estará desobstruído, assim como está para qualquer processo individual (excepcionado o *writ* em função dessa imperativa desistência) em relação ao *writ* coletivo. Ressalva é preciso ser feita se, “por outro lado, não havendo notificação nos autos ou divulgação adequada da ação coletiva, o autor da ação individual poderá se beneficiar da decisão coletiva mesmo

⁵³⁷ REDONDO, Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; CRAMER, Ronaldo. *Mandado de segurança: comentários à Lei 12.016/2009*. São Paulo: Método, 2009. pp.155-156.

⁵³⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra de; CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. *Mandado de Segurança: Introdução e comentários à Lei n. 12.016, de 7.8.2009 (artigo por artigo)*, com indicação do PLS n. 222/2010. São Paulo: Saraiva, 2011. p.466. BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do Mandado de Segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 137. ZANETI JR., Hermes. Mandado de Segurança Coletivo. In DIDIER JR, Fredie (org.). *Ações Constitucionais*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. p.203. BENJAMIN, Antonio Herman; ALMEIDA, Gregório Assagra. Artigo 22. In MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org.). *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: RT, 2010. pp.320-322.

⁵³⁹ O prazo é de 120 dias contatos da ciência do ato impugnado (art. 23, da Lei 12.016/2009).

⁵⁴⁰ ARRUDA ALVIM *et al.* *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São. Paulo: RT, 1995. p.489.

que sua pretensão individual tenha sido denegada”.⁵⁴¹ A desistência, a seu turno, não se aplica para outras espécies de demandas individuais porque a lei fez menção expressa para que tal ato de abstenção se operasse exclusivamente para o “impetrante a título individual”. Todavia, esse é um argumento periférico, intencional e confessadamente construído para tentar “salvar” a norma, caso não haja adesão pela tese de que o texto normativo é inconstitucional.

A opção do legislador não guarda proporção com outras espécies de processos coletivos, nas quais a *suspensão*, não a *desistência*, do processo individual é a medida prevista, como ocorre no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, que tem sua eficácia estendida à Ação Civil Pública por força do artigo 21, da Lei 7347/1985.⁵⁴² Ao desistir do mandado de segurança, sendo julgado improcedente o *writ* coletivo, o indivíduo não poderá propor novo *mandamus* pelo provável decurso do prazo decadencial. Fica claro que, ao menos, a medida é assistemática, visto que nenhum outro diploma normativo relacionado à tutela coletiva adotou a desistência como meio de garantir ao indivíduo a extensão dos efeitos benéficos da coisa julgada.

Ora, todas as outras normas a respeito de direitos metaindividuais não fizeram essa opção por ser a obrigação de desistência verdadeiro acoite ao art. 5º, inc. XXXV da CF/88.⁵⁴³ Embora existente o conflito deduzido em juízo, o legislador estimula o indivíduo a não ter um pronunciamento sobre o mérito em sua própria demanda, obrigando-o a abrir mão de seu processo, a fim de que seja seu conflito exclusivamente decidido no âmbito coletivo. O princípio do acesso à justiça é negado ao jurisdicionado em seu sentido mais mezinho: o direito de bater às portas do Poder Judiciário, desde que seja sua a intenção de se beneficiar dos efeitos da coisa julgada. Concluímos, então, que supracitado dispositivo é inconstitucional.

⁵⁴¹ ZANETI JR., Hermes. Mandado de Segurança Coletivo. In DIDIER JR, Fredie (org.). *Ações Constitucionais*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.p.203.

⁵⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*: processo coletivo (arts.81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II. pp. 213-214.

⁵⁴³ BENJAMIN, Antonio Herman; ALMEIDA, Gregorio Assagra. Artigo 22. In MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org.). *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: RT, 2010. pp.320-322. No mesmo sentido: BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do Mandado de Segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 137.

Conforme alhures mencionado, o legislador, até o advento da Lei 12.016/2009, não havia criado obstáculos para que a tutela coletiva se tornasse óbice à tutela individual; ambas poderiam coexistir, afinal, demandas coletivas não induzem litispendência para as individuais. O mandado de segurança coletivo quebra essa lógica. Embora também o *writ* da coletividade não induza litispendência para as demandas individuais, tampouco permite a coexistência entre os *mandamus* (individual e coletivo) para fins de aproveitamento dos efeitos benéficos da coisa julgada.

Em sendo inconstitucional a opção pela desistência, é preciso, recorrer ao diálogo das fontes⁵⁴⁴ e ao Código de Defesa do Consumidor para verificar que o impetrante individual deverá requerer a suspensão de seu *mandamus* para que a coisa julgada favorável seja formada em relação a ele. Se improcedente o pedido formulado no *mandamus* coletivo, a demanda individual seguirá seu curso, podendo, perfeitamente, ser julgada procedente, o que acarretará conflito lógico com a decisão proferida em sede coletiva (com o qual o sistema convive, ainda que não o deseje). De outra sorte, se optar o impetrante individual por prosseguir com sua demanda, em detrimento da demanda coletiva, não o aproveitará o sucesso desta última, se derrotado for em seu próprio pleito.⁵⁴⁵

Aliás – em adendo ao parágrafo anterior –, o requerimento de suspensão está sendo mitigado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que tem suspenso de ofício as demandas individuais até o julgamento da denominada “macro-lide”.⁵⁴⁶ Para tanto, a

⁵⁴⁴ Pelo emprego do diálogo das fontes para justificar a suspensão do *mandamus* individual ao invés da desistência: BENJAMIN, Antonio Herman; ALMEIDA, Gregorio Assagra. Artigo 22. In MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org.). *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: RT, 2010. pp.320-322. Sobre o diálogo das fontes, supra, n. 4.3.4.1.

⁵⁴⁵ Em sentido contrário, defendendo que o impetrante que não desistiu do mandado de segurança individual faz jus à coisa julgada favorável, a partir da prolação da sentença, excluído períodos pretéritos: ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p.347.

⁵⁴⁶ Segue trecho do inteiro teor do acórdão no qual fica claro que essa suspensão por ordem do juiz poderá ocorrer desde a propositura da demanda coletiva, senão vejamos: “Atualizando-se a interpretação jurisprudencial, de modo a adequar-se às exigências da realidade processual de agora, deve-se interpretar o disposto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, preservando o direito de ajuizamento da pretensão individual na pendência de ação coletiva, mas suspendendo-se o prosseguimento desses processos individuais, para o aguardo do julgamento de processo de ação coletiva que contenha a mesma macro-lide. A suspensão do processo individual pode perfeitamente dar-se já ao início, assim que ajuizado, porque, diante do julgamento da tese central na Ação Civil Pública, o processo individual poderá ser julgado de plano, por sentença liminar de mérito (CPC, art. 285-A), para a extinção do processo, no caso de insucesso da tese na Ação Civil Pública, ou, no caso de sucesso da tese em aludida ação, poderá ocorrer a conversão da ação individual em cumprimento de sentença da ação coletiva.” STJ, REsp 1.110.549/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, 2a Seção, DJe 14.12.2009.

Corte emprega “a técnica do ‘caso piloto’, prevista no art. 543-C do CPC, que se aplica aos recursos repetitivos. Uma solução criativa, mas que não se embasa no art. 104 do CDC.”⁵⁴⁷ Há doutrina que classifica a referida decisão como “uma das mais importantes decisões do STJ sobre a tutela jurisdicional coletiva e a tutela individual de direitos individuais homogêneos”, pelo fato do pronunciamento significar uma reconstrução do sistema jurídico com sustentáculo em interpretação acertada do sistema posto.⁵⁴⁸

5.5 Limites territoriais da coisa julgada em MS coletivo

O único limite territorial imposto à coisa julgada em mandado de segurança é a abrangência do ato coator que lesa a coletividade. Desse modo, a *res judicata* ganha alcance para além daquele do órgão prolator (até como decorrência da extensão *erga omnes* e *ultra partes*), desde que as violações aos direitos da coletividade se encontrem para além das fronteiras de determinado juízo.⁵⁴⁹

Estabelecida essa premissa, existe doutrina que defende a aplicação, ao mandado de segurança coletivo, do art. 16 da Lei de Ação Civil Pública, por não entender que a Lei do Mandado de Segurança seja incompatível com o referido regramento, entendendo ser essa a maneira mais harmônica de conciliar a coisa julgada prevista nesta com as disposições processuais coletivas daquela.⁵⁵⁰ O problema que não recomenda a acolhida da tese é justamente a limitação territorial da sentença ao órgão prolator da sentença.

Lamentavelmente, o supracitado art. 16 da Lei de Ação Civil Pública ficou desfigurado após ataques de uma vacilante jurisprudência⁵⁵¹ e de parcela da doutrina,⁵⁵²

⁵⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo (arts.81 a 104 e 109 a 119)*. Vol. II., 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.217.

⁵⁴⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de processo civil: processo coletivo*. Vol. IV. 6.ed. Salvador: JusPodvim, 2011. p. 194.

⁵⁴⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do Mandado de Segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 176-177.

⁵⁵⁰ A favor da aplicação da Lei de Ação Civil Pública – em conjunto com a Lei de Ação Popular: MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.133.

⁵⁵¹ STF, Rcl n. 434, Rel. Min Francisco Rezek, DJU 9.12.1994. Neste julgado o Ministro reiterou a competência do STF para apreciar a constitucionalidade de lei em tese, em vista da suposta afronta provocada pela lei de Ação Civil Pública que, por ter eficácia *erga omnes*, serviria de subterfúgio para que qualquer juiz declarasse a inconstitucionalidade das normas. Posteriormente a orientação da própria Corte foi

culminando na edição da Lei 9.494/1997, que restringiu os efeitos da sentença em Ação Civil Pública aos limites territoriais do órgão prolator do *decisum*, o que é, no mínimo, avesso a uma tutela pretensamente coletiva.⁵⁵³ Esta conclusão também qualifica o art. 2º-A, da Lei 9.494/1997, que fixou que a sentença coletiva “abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”.

Ada Pellegrini Grinover criticou ferrenhamente a alteração legislativa imposta ao dispositivo (art. 16 da Lei 7.347), sintetizando seu inconformismo na seguinte frase: “ou a demanda é coletiva ou não é, ou a coisa julgada é *erga omnes* ou não é”.⁵⁵⁴ No mesmo artigo a autora faz menção à pressão feita pelos agentes estatais, em especial os fazendários, para que fosse alterada a lei e, conseqüentemente, minados seus efeitos expansivos. Aduz, ainda, que a confusão era tamanha para a aplicação do instituto que se cogitou que o afastamento de norma inconstitucional em Ação Civil Pública teria o condão de usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal para declaração de inconstitucionalidade das normas, olvidando-se os defensores de tal posição que, por se tratar de questão prejudicial, não existiria, nesse ponto, coisa julgada material.

Concordamos integralmente com Ada Pellegrini Grinover. Não existe uma coisa julgada *erga omnes* com limitações territoriais. Desse modo, o art. 16 da lei de Ação Civil Pública, após as mencionadas modificações, não se revela adequado aos anseios da tutela de direitos coletivos em sentido amplo, o que tem sido também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que já decidiu nesse sentido em sede de recursos repetitivos.⁵⁵⁵ Aliás, os ataques direcionados ao art. 16 não foram repetidos em relação ao

modificada – Rcl n. 602-6-SP, Rel. Ministro Ilmar Galvão, DJU 3.9.1997 – para evidenciar que a declaração de inconstitucionalidade em ação pública produz coisa julgada formal, uma vez que é *incidenter tantum*.

⁵⁵² Mesmo após o pronunciamento do STF sobre a questão prejudicial da análise constitucional em ação civil pública, o artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública ainda é visto com ressalvas: “de qualquer sorte, não se pode negar que a abrangência que se empresta – e que se há de emprestar – à decisão de caráter prejudicial se retire qualquer efeito útil da lei, o que acaba por constituir, indiretamente, numa absorção de funções que a Constituição quis deferir ao STF”. (MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.725).

⁵⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada *erga omnes* das ações coletivas. In: *O processo: estudos e pareceres*. 2.ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009. pp.231-237.

⁵⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada *erga omnes* das ações coletivas. In: *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009. pp.235-237.

⁵⁵⁵ “A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo

art. 21, de modo que ainda se aplicam à Lei de Ação Civil Pública as disposições processuais coletivas do CDC, o que inclui as disposições sobre a coisa julgada. Desse modo, ainda que fosse a Lei de Ação Civil pública o marco normativo empregado à disciplina da *res judicata* no mandado de segurança coletivo, esta seria *erga omnes e ultra partes*, tendo em vista que os pronunciamentos jurisdicionais coletivos não podem estar restritos a dado território.⁵⁵⁶

(arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC).” REsp 1.243.887 / PR, Rel. Min Luis Felipe Salomão, Corte Especial, DJe 12.12.2011. A mesma Corte já replicou o entendimento: “A Corte Especial do STJ, no julgamento do REsp 1.243.887/PR, relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, submetido ao regime dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), reconheceu que “os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo”. AgRg no AREsp 322064 / DF, Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14.6.2013.

⁵⁵⁶ Em sentido contrário: “Agravos regimental em reclamação. 2. Ação coletiva. Coisa julgada. Limite territorial restrito à jurisdição do órgão prolator. Art. 16 da Lei n. 7.347/1985. 3. Mandado de segurança coletivo ajuizado antes da modificação da norma. Irrelevância. Trânsito em julgado posterior e eficácia declaratória da norma. 4. Decisão monocrática que nega seguimento a agravo de instrumento. Art. 544, § 4º, II, b, do CPC. Não ocorrência de efeito substitutivo em relação ao acórdão recorrido, para fins de atribuição de efeitos erga omnes, em âmbito nacional, à decisão proferida em sede de ação coletiva, sob pena de desvirtuamento da lei que impõe limitação territorial. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.” STF, Rcl 7778 AgR / SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 30.4.2014. No STJ, também parece que a Corte volta a flertar com o entendimento antigo, refratário à tutela coletiva em toda a sua amplitude, vide o seguinte julgado: “Prevalece nesta Corte o entendimento de que a sentença civil fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei 9.494/97.” STJ, REsp 1.414.439 – RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, DJe 3.11.2014.

CAPÍTULO 6. OUTROS ASPECTOS PECULIARES DO MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL E COLETIVO

6.1 Mandado de segurança e distribuição do ônus da prova

Ônus é o “imperativo do próprio interesse” e este conceito está geralmente atrelado à noção de que as partes têm a vontade de evitar um prejuízo processual e, em última análise, uma sentença desfavorável.⁵⁵⁷ Nesse sentido, pautada no princípio do interesse, a parte é estimulada a praticar os atos processuais e a ser diligente em relação à própria demanda, tudo voltado para o êxito no desfecho da demanda, sob pena de a displicência resultar em prejuízo próprio. O ônus, portanto, não poderá ser considerado um dever – tendo em vista que este é um “imperativo imposto pelo interesse alheio” –, mas será um encargo cuja inobservância só atingirá aquela parte que não o observou.⁵⁵⁸

Dentre os ônus processuais, o ônus da prova pode ser definido como “o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”.⁵⁵⁹ Trata-se, em verdade, “de dever no sentido de interesse, de necessidade de produzir a prova para formar-se a convicção do juiz a respeito dos fatos alegados.”⁵⁶⁰

Em síntese, poderíamos chegar à seguinte conclusão: cada parte deve provar o suporte fático da norma cuja incidência é invocada.⁵⁶¹

No Código de Processo Civil (art. 333), a regra de distribuição do ônus da prova tem dois planos de incidência: (i) o subjetivo, no qual são estabelecidos previamente os fatos que cada um dos litigantes deverá provar, o que os estimula, como regra de conduta, a

⁵⁵⁷ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor S.A., 1936. pp.82-83.

⁵⁵⁸ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Leonardo Prieto Castro (trad.). Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor S.A., 1936. p. 203.

⁵⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Vol. III. p.70.

⁵⁶⁰ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Saraiva, 1983. pp.92-93.

⁵⁶¹ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Ernesto Krotoschin (trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956. p. 91.

se desincumbirem do encargo – o autor, os fatos constitutivos, enquanto ao réu incumbe a comprovação dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos; e o (ii) objetivo, que servirá como regra de julgamento *subsidiária*⁵⁶² – justificada pela persistência da incerteza –, a desfavorecer aquele que deveria ter provado dado fato e de tal encargo não se desincumbiu.⁵⁶³

Feito esse preâmbulo, à exceção da hipótese do art. 6º, §1º da Lei 12.016/2009,⁵⁶⁴ temos que ao mandado de segurança, seja ele individual ou coletivo, não se aplicam as regras de distribuição do ônus da prova, no plano objetivo, em razão de uma simples circunstância: “a base da definição do que seja direito líquido e certo repousa na *indiscutibilidade dos fatos* e, conseqüentemente, na questão probatória” (grifo nosso),⁵⁶⁵ e, se houver discutibilidade, é caso de remeter as partes às vias ordinárias. Trocando em miúdos: não haverá enfrentamento do mérito se o impetrante não comprovar cabal e documentalmente os fatos, ou seja, não será hipótese para o enfrentamento do mérito pela via mandamental.

Em contrapartida, caso a autoridade coatora e/ou a pessoa jurídica interessada apresente documentos que suscitem incertezas no julgamento do magistrado, também será esse o caso de remessa das partes às vias ordinárias. O procedimento do mandado de segurança não admite réplica, tampouco dilação probatória, ainda que esta seja exclusivamente documental. Nesse caso, semeada a dúvida sobre os fatos alegados pelo

⁵⁶² “*Sólo cundo falta la prueba debe el juez examinan a quién correspondía suministrarla, para aplicar en su contra las consecuencias substanciales; es decir, que con ella no se distribuye la prueba, sino la consecuencia de la falta de prueba o de certeza.*” (ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría General de la prueba judicial*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1981, Tomo I. p. 445).

⁵⁶³ CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001. p. 40.

⁵⁶⁴ Art. 6º, §1º da Lei 12.016/2009: A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições. § 1º No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

⁵⁶⁵ A lei não previu sanção para o caso em que a autoridade coatora ou a pessoa jurídica interessada, mesmo instadas a apresentarem o documento, não o fazem. Nessa circunstância, concordamos com Napoleão Nunes Maia Filho, para quem restará configurado crime desobediência do agente responsável, bem como presumir-se-ão verdadeiros os fatos alegados na inicial. (MAIA FILHO, Napoleão Nunes. Artigo 6º. In MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org.). *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: RT, 2010. pp. 104-106).

⁵⁶⁶ BARBI, Celso Agrícola; SOUZA, Bernardo Pimentel (atualiz.). *Do mandado de segurança*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.189.

impetrante, o ordenamento lhe confere vasta chance de comprová-los nas vias ordinárias, mas não no *writ*.

A inobservância da regra do ônus da prova no mandado de segurança, pelo impetrante, gera uma consequência distinta daquela existente na maioria das outras demandas. Enquanto nestas, regra geral, o autor que não se desincumbe do encargo de demonstrar o fato constitutivo do direito terá uma sentença de improcedência, naquele, a seu turno, a sentença denegará a segurança, sem julgamento do mérito, permitindo que o impetrante busque a via ordinária para, com dilação probatória, ter ampla possibilidade de provar o fato que constitui o suporte fático de seu direito.

Conforme consignamos, o *mandamus* é uma via estreita, disponível apenas ao impetrante dotado de prova documental pré-constituída.⁵⁶⁷ A aplicação do ônus da prova, como regra de julgamento, é subsidiária. Desafiado com o dever de julgar, ao se deparar com a incerteza, o magistrado decidirá com o conjunto probatório que dispõe.⁵⁶⁸ Se a prova do fato constitutivo permitir discussão sobre a sua existência, o impetrante não terá pré-constituído a prova, não terá se desonerado do encargo e, por essa razão, não fará jus à via do *writ*.

Essa constatação terá repercussão curiosa no mandado de segurança coletivo. Se o socorro às regras de *onus probandi* não enseja julgamento de mérito em desfavor do impetrante individual, com muito mais razão essa lógica se aplica ao mandado de segurança coletivo. Isso porque a dúvida sobre a existência do fato relacionado a direito da coletividade, em procedimento tão encurtado e avesso a provas que diferem da documental, não pode ensejar julgamento pouco seguro e subsidiário, como o é aquele obtido com aplicação das regras de ônus da prova. Haveria risco de formação de coisa julgada material, em desfavor da coletividade, sem que fossem esgotadas as possibilidades que a via ordinária permite para a comprovação do fato.

Seguindo nesse raciocínio, se o impetrante não se desincumbe do seu ônus, *ab initio*, não haverá enfrentamento do mérito. Isso significa que, se houver necessidade de

⁵⁶⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 80.

⁵⁶⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Santiago Sentis Melengo (trad.). Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa America. Vol. I. pp.346-347.

deslocamento do *onus probandi* do impetrante para a parte contrária, o *mandamus* não será a via adequada para a tutela do direito porque não haverá enfrentamento do mérito. Portanto, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova⁵⁶⁹ está afastada do *mandamus*, caso retire do impetrante a necessidade pré-constituir a prova do fato que constitui o alegado direito, o que também se aplica à inversão do ônus da prova. Nos casos em que o emprego dessas técnicas for recomendável, será a via ordinária a adequada para o conflito, pois o *mandamus* é intransigente com a pré-constituição da prova pelo impetrante.

6.2 Litispendência e mandado de segurança individual e coletivo

Ao estado de pendência de julgamento definitivo da pretensão do processo dá-se o nome de litispendência. “Proposta a ação, o pedido que nela se contém dá origem a um litígio processual. A pretensão se torna pendente. A *res in iudicium deducta* adquire essa litigiosidade, que só desaparece quando a *res judicanda* se transforma em *res judicata*”.⁵⁷⁰ A litispendência, portanto, identifica a demanda, proporcionando ao réu a oportunidade de alegar a ocorrência de *bis in idem*, caso proposto contra ele idêntico pleito.

Da mesma forma que o processo definitivamente julgado não será objeto de nova análise pelo Poder Judiciário (*exceptio rei judicatae*), dois processos movidos pelas mesmas partes, contendo mesma causa de pedir e pedido (tríplice identidade ou *tria eadem*) não podem coexistir.⁵⁷¹ Na hipótese de ocorrer tal situação, nasce para o réu o direito de opor objeção de litispendência (*exceptio litis pendentis*), o que redundará na extinção do segundo processo, conforme se extrai do comandado do art. 301, §§ 2º e 3º c/c art. 267, inciso V do CPC.⁵⁷² A medida pode ser considerada como resultado da boa

⁵⁶⁹ Trata-se de regra de distribui o ônus da prova a quem reúno melhores condição de fazê-lo, seja pelo apuro técnico, pela proximidade com o fato, pela conveniência ou qualquer outro motivo. Desse modo, é quebrada a estática de distribuição do ônus da prova em prol de uma decisão mais justa e consentânea com a realidade dos fatos. (PEYRANO, Jorge W.; CHIAPPINI, Julio O. Lineamentos de las cargas probatorias ‘dinámicas’. In: *Cargas Probatorias Dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2008. pp.13-17). Sobre o tema, vide: BRASIL JR., Samuel Meira. A prova no processo coletivo. Distribuição dinâmica do ônus da prova. In GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (org.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 577-597. CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁵⁷⁰ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense 1959. Vol III. p.212.

⁵⁷¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1980. pp. 914-915.

⁵⁷² Aliás, é bom consignar que o art. 301, §§ 1º e 2º não considerou litispendente a segunda demanda em que as partes se encontram em posições invertidas, cujo exemplo mais famoso é o da ação declaratória positiva movida por uma parte enquanto a outra propõe ação declaratória negativa. Isso se deve à opção feita pelo

administração do juiz na sua atividade jurisdicional, visto que propicia a economia de seus esforços, bem como a certeza de que o conflito deduzido em juízo não terá diferentes desfechos oriundos de mais de um processo.⁵⁷³ Nesse sentido, o escopo do instituto da litispendência é o de evitar desnecessária atividade jurisdicional e o de prestigiar a segurança jurídica, evitando não apenas o conflito lógico, mas o conflito prático de decisões.⁵⁷⁴

Um esclarecimento é importante: litispendência é o estado de pendência do processo, não um efeito como se poderia inferir de equivocada interpretação do art. 219 do CPC, cuja redação faz menção à *indução* de litispendência.⁵⁷⁵ É o fato de existir processo pendente que justifica a extinção de outro que contenha as mesmas partes, causa de pedir⁵⁷⁶ e pedido.

No mandado de segurança individual, a extinção do processo, por haver outro (litispendente) já em curso, ocorrerá apenas se forem reproduzidos os mesmos pedidos,

legislador de não considerar todas as questões debatidas e suscitadas como parte integrante do objeto litigioso. Nesse sentido: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011. pp. 246-247. OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: RT, 2007. p. 352. Em sentido oposto: CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1980. pp. 915-916.

⁵⁷³ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Santiago Sentis Melengo (trad.). Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa America. Vol. I. p. 414.

⁵⁷⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Litispendência em ações coletivas. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 263.

⁵⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Vol. II. pp. 50-51.

⁵⁷⁶ Tendo em vista que mencionamos o termo causa de pedir, aqui é preciso nos socorrer da doutrina para dar uma dimensão ao leitor sobre as teorias da individuação e substanciação. "Para a teoria da substanciação, a causa petendi ativa se encontra na alegação do fato ou do conjunto de fatos constitutivo do direito afirmado. Consiste naquele fato ou conjunto de fatos que se submete à hipótese de uma ou mais normas primárias: implicando, pois a constituição do direito cuja tutela se pleiteia (*ex facto oritur jus*).". Prossegue o autor afirmando que "para essa teoria, é irrelevante - para a identificação da causa petendi - que o autor qualifique juridicamente os fatos que alega. Se o fizer, pouco importará que erre; pois a correta qualificação jurídica do quadro fático é tarefa do juiz, não da parte (*narra mihi factum, dabo tibi jus; Jura nivit curia*). Bastaria, pois, ao autor, descrever os fatos que, a seu ver, fundamentaria a consequência jurídica pleiteada." Na teoria da individuação, a seu turno, "a causa de pedir ativa não consiste na alegação dos fatos constitutivos do direito, mas simples identificação deste". Assim, para a identificação da causa petendi ativa basta que esteja suficientemente individuado o direito material que embasa o pedido, com abstração feita de suas origens". (OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: RT, 2007. pp. 40-41). Há uma tendência, entretanto, em afirmar que essas teorias se complementam. Nesse sentido: PISANI, Andrea Proto. Dell'esercizio dell'azione. *Commentario del Codice di Procedura Civile*. 1.1, t.2. Torino: Utet, 1973. p.1.062. TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009. pp. 125-127. LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006. p. 91.

mesmas causas de pedir e – aqui há que se destacar – as mesmas partes.⁵⁷⁷ Logo, o assunto não comporta tantos desafios, pois basta aplicar a consagrada lógica do processo individual.

A situação do *writ* coletivo é outra, a começar pela legitimidade extraordinária, concorrente e disjuntiva,⁵⁷⁸ que permite que dois idênticos mandados de segurança coletivos sejam impetrados por legitimados ativos distintos – o que fulminaria, em tese, a identidade de partes como critério seguro para a identificação de processos replicados. É de simples percepção que o conceito que identifica a ocorrência de litispendência no processo individual é insuficiente para o processo coletivo. Some-se a isso o fato de somente existir regra específica para caracterizar litispendência entre o mandado de segurança coletivo e o mandado de segurança individual (art. 22, §1º da Lei 12.016/2009), ao passo que é desprovida de regulação a situação de eventual litispendência entre o mandado de segurança coletivo e outro processo coletivo – lacuna que não é exclusiva da Lei 12.016/2009, tendo em vista que também não contemplam essa hipótese o Código de Defesa do Consumidor e demais diplomas da tutela coletiva. É por essa razão que rememoramos que o *mandamus* coletivo se insere no conjunto de regras e princípios da tutela coletiva e, desse modo, alguns cuidados devem ser tomados quando do estudo do fenômeno ora em comento.

Neste tópico sobre litispendência, bem como nos sub-tópicos que o sucederão, será imprescindível um novo pensar para saber se os conceitos da tutela individual podem aqui ser aplicados. Será importante “a redefinição da interpretação do pedido e da causa de pedir, assim como da identidade de partes”,⁵⁷⁹ a fim de evitar a condução fragmentada dos processos coletivos e também para afastar os males de decisões contraditórias.

⁵⁷⁷ Há somente um dado complicador em relação ao mandado de segurança individual no tocante à configuração de litispendência (raciocínio também empregável ao *mandamus* coletivo): a replicação de demandas em relação a diferentes autoridades coatoras. Pode ocorrer que o mesmo mandado de segurança seja impetrado em face de autoridades coatoras distintas, mas igualmente responsáveis pelo ato. A teoria da encampação é exemplo claro dessa possibilidade. No entanto, já nos posicionamos no sentido de que é a participação da pessoa jurídica interessada que determina se o polo passivo é idêntico ou não, pois é esta última a verdadeira parte passiva do *mandamus*. Vide nesse sentido: STJ, RMS 11905 / PI, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJ 23.8.2007.

⁵⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações civis públicas e ação popular constitucional. Conexão e continência. Modificação e prevenção da competência. Desistência do recurso pelo MP. In: *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.489.

⁵⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*: processo coletivo (arts.81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II. p.31.

Quando se analisa a identidade entre demandas coletivas, dentre as quais uma delas é um mandado de segurança coletivo, é preciso pensar algumas situações em que o fenômeno poderia ser *cogitado* (ou seja, não necessariamente *configurado*). O desafio desse estudo deve também considerar que o mandado de segurança (não apenas o coletivo) tem um procedimento reduzido, competência originária muitas vezes fixada tanto nas Cortes Ordinárias quanto nas Extraordinárias, além de prioridade de tramitação em relação a outras demandas (art. 20 da Lei 12.016/2014). Ao sopesar esses fatores, pensamos, então, em três situações – a serem comentadas isoladamente até por suas peculiares variações – nas quais o problema em torno da litispendência foge do conceito da tutela individual e, por vezes, também das soluções por ela dadas – pois nem sempre a extinção será recomendável. São essas as hipóteses pensadas: a) litispendência decorrente da impetração de mandado de segurança coletivo, seguido da impetração de outro mandado de segurança coletivo; b) litispendência decorrente da impetração de um mandado de segurança coletivo e a propositura de outra demanda coletiva; c) litispendência decorrente da impetração de um mandado de segurança coletivo e ações individuais. Passaremos a analisar cada um desses pontos.

6.2.1 Litispendência entre mandado de segurança coletivo e mandado de segurança coletivo

Replicado o mandado de segurança coletivo, ou seja, impetrado outro *writ* com as mesmas partes, causa de pedir e pedido, certamente a norma constante do Código de Processo Civil poderia ser aplicada com perfeição, sem qualquer comprometimento da adequada prestação da tutela coletiva. O problema surge, entretanto, diante da impetração de idênticos *writs* por legitimados distintos. A solução dada pelo referido diploma instrumental, então, passa a não se amoldar com perfeição, afinal, as partes que ocupam o polo ativo são distintas, não obstante conterem iguais causas de pedir e o pedido. Ademais, não é exagero repetir que o socorro às normas da tutela individual decorre da inexistência de regras específicas nos diversos diplomas da tutela coletiva acerca da litispendência entre processos coletivos.⁵⁸⁰

⁵⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*: processo coletivo (arts.81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II. p.211.

Conforme destacamos, a legitimidade para o *mandamus* coletivo é extraordinária, concorrente e disjuntiva, o que não exclui a impetração do remédio por mais de um legitimado. Assim, é perfeitamente possível cogitar a hipótese de existência de dois mandados de segurança coletivos idênticos, embora com impetrantes distintos. Como não há regra específica sobre litispendência entre processos coletivos no sistema normativo da tutela coletiva, é preciso, então, recorrer ao CPC para solver a questão. Nada justificaria, entretanto, o apego irracional aos conceitos da tutela individual para avaliar a tramitação independente desses dois mandados de segurança pela inexistência das mesmas partes – ainda que flagrantes as mesmas causas de pedir e pedido –, visto que o temor de conflitos práticos de decisões também aflige a tutela coletiva. Nesta última, talvez os impactos de decisões antagônicas sejam ainda mais nefastos se comparados à tutela individual, pelo potencial lesivo dos pronunciamentos jurisdicionais.⁵⁸¹

A solução dada pela doutrina e pela jurisprudência⁵⁸² para o caso de diferentes legitimados proporem a demanda coletiva – e a que entendemos ser a posição mais correta para o mandado de segurança coletivo – é praticamente a mesma: é irrelevante o polo ativo para a finalidade de aferição de litispendência.⁵⁸³ Os elementos analisados devem ser os objetivos: a causa de pedir e o pedido (objeto) – com interpretação extensiva para ambos (vide *infra* 6.2.2) –, ⁵⁸⁴ desde que os titulares do direito sejam os mesmos.⁵⁸⁵⁻⁵⁸⁶ Dito de

⁵⁸¹ Cunhamos o parágrafo a partir do exemplo trazido por Mancuso: “Figure-se um mandado de segurança coletivo para assegurar o direito líquido e certo da categoria de advogados de sustentarem oralmente antes do voto do Relator: esse interesse coletivo abrange toda a categoria profissional, não sobejando espaço para uma segunda ação de cunho coletivo, ainda que manejada por diverso portador judicial. A rigor, essa segunda ação coletiva seria repetitiva – uma verdadeira superfetação – caracterizando a falta de interesse de agir, na medida em que desnecessária e, a bem dizer, inútil.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A concomitância entre ações de natureza coletiva. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007. p. 166).

⁵⁸² “I- O aspecto subjetivo da litispendência nas ações coletivas deve ser visto sob a ótica dos beneficiários atingidos pelos efeitos da decisão, e não pelo simples exame das partes que figuram no pólo ativo da demanda. Assim, impetrados dois mandados de segurança por associação e por sindicato, ambos representantes da mesma categoria profissional, os substituídos é que suportarão os efeitos da decisão, restando, assim, caracterizada a identidade de partes. II - Em face da identidade parcial de pedidos, em razão de um ser um mais abrangente que o outro, configura-se a continência, que é espécie de litispendência parcial.” STJ, RMS 24196 / ES, Rel. Min Felix Fischer, 5ª Turma, DJ 18.2.2008. No mesmo sentido: STJ, REsp 925278 / RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, 5ª Turma, DJe 8.9.2008.

⁵⁸³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Litispendência em ações coletivas. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006. p.264. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de processo civil: processo coletivo*. 6.ed. Salvador: JusPodvim, 2011. Vol. IV. p. 175.

⁵⁸⁴ “O que importa é determinar o objeto do processo trazido pelo demandante, conforme a causa de pedir e o pedido contidos na inicial. A partir desses elementos é que será possível aferir o fenômeno da identidade –

outro modo, é a parte em sentido material (o titular do direito), não a parte processual (o legitimado, a quem incumbe substituir processualmente o titular), a que importa para a configuração da litispendência em processo coletivo.⁵⁸⁷

Em síntese, se distintos os legitimados, mas iguais as causas de pedir, os pedidos e os titulares do direito material, certamente haverá litispendência.⁵⁸⁸ Em razão da identidade entre os ritos e da mútua prioridade de tramitação entre os mandados de segurança coletivos, nada se opõe à extinção do *mandamus* impetrado após a notificação da autoridade coatora e a ciência da pessoa jurídica interessada (art. 7º, incisos I e II da Lei 12.016/2009) – pois estes dois últimos atos, em conjunto, fazem as vezes da citação válida,⁵⁸⁹ critério utilizado pelo Código de Processo Civil para induzir a litispendência (art. 219, CPC). A opção pela extinção do processo foi aqui empregada exclusivamente em razão da hipótese proposta, qual seja, a de absoluta identidade entre os mandados de

total ou parcial –, impondo providências que impeçam a duplicidade ou desarmonia de julgamentos, previstas nos arts. 102, 106 e 267, V, do CPC”. (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo* (arts. 81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II. p. 211). No mesmo sentido: COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da Moralidade Administrativa*. São Paulo: QuartierLatin, 2009. p. 279.

⁵⁸⁵ Adverte Teresa Arruda Alvim Wambier que “quando duas ações coletivas têm o mesmo objeto e a mesma causa de pedir, *coincidirão, necessariamente, os titulares dos direitos*. A apuração de litispendência entre as ações coletivas, deste modo, deve levar em consideração apenas objeto e causa de pedir, dentre os elementos de que trata a doutrina clássica.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Litispendência em ações coletivas*. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 273).

⁵⁸⁶ CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. *Ações Coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 260. VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. pp. 330-336. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 274-278. ARRUDA ALVIM *et al.* *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 488. LUCON, Paulo Henrique dos Santos *et al.* *Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (Conexão, Continência e Litispendência)*. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 192.

⁵⁸⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009. pp. 241-244. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 270.

⁵⁸⁸ Nesse sentido: “Existindo duas ações mandamentais ajuizadas por entidades representativas de classe, com o mesmo objeto e mesma causa de pedir, por autores que embora não se correspondem fática ou fisicamente, para efeito de litispendência devem ser entendidas como as mesmas partes, uma vez que, defendem interesses das mesmas pessoas. 2. Extinção do processo sem julgamento de mérito.” TJES, MS n.º 100010005351, Rel. Des. José Luiz Barreto Vivas, Pleno, julgado em 23.7.2009.

⁵⁸⁹ “Para todos os efeitos, o termo ‘notificação’ empregado pela legislação do mandado de segurança, deve ser entendido como citação para os mesmos fins e efeitos do art. 213 do Código de Processo Civil”. (BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 81).

segurança coletivo, à exceção do impetrante, ressalva essa que merece destaque por não ser tal solução consenso na doutrina,⁵⁹⁰ como ficará mais evidente no tópico adiante.

6.2.2 Litispendência entre o mandado de segurança coletivo e outra demanda coletiva

O art. 83 do Código de Defesa do Consumidor⁵⁹¹ consagra a atipicidade das demandas capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos coletivos em sentido amplo. O objetivo da regra “é o de ensejar um leque amplo de modalidades de tutela, o mais pleno possível, desde que seja compatível, apta ou adequada à ação escolhida, em cada caso, à realização da integralidade da proteção aos direitos”.⁵⁹² Tem-se, então, que para a adequada tutela dos direitos da coletividade não existe um rol taxativo de demandas a serem propostas. Isso permite, exemplificativamente, que ações civis públicas, ações populares e mandados de segurança coletivos, dentre outras, ataquem um mesmo ato violador de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, ficando a critério de cada legitimado extraordinário avaliar qual é a via mais apropriada para a tutela do direito dos substituídos. Se mais de um legitimado, a seu juízo, entender por bem seguir um caminho próprio, diferente dos demais, para chegar ao mesmo fim, aí reside o risco de litispendência entre processos que obedecem a ritos peculiares. Essa ampla gama de alternativas para a tutela dos direitos da coletividade acompanha o risco de que referidas demandas tramitem em conjunto, ainda que dotadas das mesmas causas de pedir e pedidos.

A doutrina⁵⁹³ é amplamente majoritária no sentido de reconhecer litispendência entre demandas coletivas de naturezas distintas, entendimento seguido também – a nosso ver de forma acertada – pela jurisprudência (até mesmo em julgado específico sobre o

⁵⁹⁰ Pela reunião (e não extinção) dos processos: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de processo civil: processo coletivo*. 6.ed. Salvador: JusPodvim, 2011. Vol. IV. pp. 176-177.

⁵⁹¹ Art. 83, CDC: “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

⁵⁹² ARRUDA ALVIM *et al.* *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São. Paulo: RT, 1995. p. 390.

⁵⁹³ Por todos, segue o trecho da obra de Ada Pellegrini Grinover que ilustra o que fora afirmado: “Tomando-se o confronto entre a ação popular e a ação civil pública, por exemplo, parece inafastável que, entre ambas, pode existir identidade; parcial ou até mesmo total. É evidente que entre uma ação civil pública intentada pelo Ministério Público, e outra, intentada por uma associação, tendo ambas o mesmo objeto e a mesma causa de pedir, haverá relação de litispendência. Mas esta identidade de demandas também pode ocorrer entre uma ação civil pública e um mandado de segurança coletivo, ou até entre uma ação civil pública e uma ação popular”. (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo* (arts.81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II. p. 210).

mandado de segurança coletivo em contraposição a um processo cautelar).⁵⁹⁴ Por outro lado, o critério empregado pelos doutrinadores para a caracterização da litispendência diverge.

O desafio de perceber a igualdade entre mais de um processo com ritos diferentes fica ainda mais difícil quando se verifica a necessidade de adoção de um sistema flexível de preclusões quanto à estabilização da demanda, no intuito de aumentar as chances de resolução definitiva da controvérsia coletiva, mediante alteração da *causa de pedir* e *pedido* no decorrer do processo – o que seria uma clara mudança de rumos em relação à clausura imposta pela tutela individual (arts. 264, 294, 300, 303, incisos I, II, III e 462, todos do CPC).⁵⁹⁵ Assim, uma demanda poderia nascer diferente e se tornar igual a outra no decorrer do processo (não apenas igual, mas também continente ou conexa). Aliás, existem propostas legislativas (felizmente) influenciadas por essa ideia, que, diante da boa-fé, da ausência de prejuízo para a parte contrária e do respeito ao contraditório, permitem a modificação do pedido e da causa de pedir no decurso do processo.⁵⁹⁶ Desse modo, por qual razão, simplesmente pela iniquidade entre um mandado de segurança coletivo e uma ação civil pública, por exemplo, não poderia ser reconhecida a litispendência?⁵⁹⁷

O art. 30 do Código Modelo de Processos Coletivo para Ibero-América estabelece que “a primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham por objeto controvérsia sobre o mesmo bem jurídico, mesmo sendo diferentes o legitimado ativo e a causa de pedir”. Nota-se que o dispositivo adota como critério a

⁵⁹⁴ “O fato de as ações possuírem ritos processuais diversos, não impede o reconhecimento da ocorrência de litispendência, uma vez que a identidade jurídica dos pedidos implica na inocuidade de uma demanda, caso a outra seja deferida; a *ratio essendi* do instituto da litispendência é impedir que a parte promova duas demandas com a mesma pretensão, além da ocorrência de resultados opostos para a mesma situação fática.” STJ, AgRg na MC 14216 / RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 3ª Seção, DJe 23.10.2008.

⁵⁹⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização da demanda. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007. pp. 147-149.

⁵⁹⁶ Art. 10 do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. “Pedido e causa de pedir - Nas ações coletivas, o pedido e a causa de pedir serão interpretados extensivamente. Par. 1o. Ouvidas as partes, o juiz permitirá a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a causa de pedir. Par. 2o. O juiz permitirá a alteração do objeto do processo a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado.”

⁵⁹⁷ O Superior Tribunal de Justiça já entendeu (a nosso ver, de modo equivocado) que, não obstante se tratar do mesmo objeto, entre a ação popular e a ação civil pública não poderia haver litispendência por não haver identidade de partes. REsp 208680 / MG, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 2ª Turma, DJ 31.5.2004. p. 253.

identidade da controvérsia sobre um mesmo “bem jurídico”, relegando a um segundo plano o legitimado ativo e a causa de pedir.

Esse critério de considerar o “bem jurídico” discutido no processo coletivo para aferição da litispendência é apontado por certa doutrina como o parâmetro adequado para que seja atestada replicação de demandas coletivas.⁵⁹⁸ Para essa mesma doutrina, a indisponibilidade do bem jurídico coletivo – até mesmo dos direitos individuais homogêneos enquanto coletivamente tratados – exige que o magistrado não se apegue à interpretação restritiva do pedido ou da causa de pedir sob pena de haver disponibilidade sobre esses bens jurídicos. Seria do magistrado, então, o exercício desse controle sobre a “disponibilidade”. A partir de uma interpretação extensiva dos elementos objetivos da demanda, seria perfeitamente possível reconhecer litispendência entre processos coletivos que, contrapostos, apresentassem pedidos distintos e causas de pedir distintas, bastando que o mesmo “bem jurídico” fosse discutido.⁵⁹⁹

De outro lado, há quem critique o aludido critério, afirmando que “bem jurídico é o objeto da relação jurídica”.⁶⁰⁰ O ponto nevrálgico da crítica reside na possibilidade de existirem pedidos por bens jurídicos distintos e ainda assim haver litispendência entre demandas coletivas (ex. eventual dano ambiental gera dois processos: em um deles é pedido a tutela específica para reparação do dano ambiental e, no outro, o pleito objetivo o equivalente em pecúnia). O *tria eadem* uma vez mais se mostraria escasso de segurança para servir de parâmetro de contraposição entre processos supostamente iguais – valendo ressaltar que a aludida doutrina entende ser imprescindível a identidade entre causas de pedir.⁶⁰¹ O critério então proposto para a identificação de processos replicados seria o de identificar a *situação jurídica controvertida*, de modo que haveria litispendência “quando

⁵⁹⁸ LUCON, Paulo Henrique dos Santos *et al.* Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (Conexão, Continência e Litispendência). LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006. pp. 187-188.

⁵⁹⁹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos *et al.* Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (Conexão, Continência e Litispendência). LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006. pp. 192-193.

⁶⁰⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de processo civil: processo coletivo*. 6.ed. Salvador: JusPodvim, 2011. Vol. IV p. 178.

⁶⁰¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de processo civil: processo coletivo*. 6.ed. Salvador: JusPodvim, 2011. Vol. IV. p.180.

o Poder Judiciário é provocado a solucionar o mesmo problema em mais de um processo”.⁶⁰²

A nosso ver, ambos os posicionamentos têm a preocupação comum de solucionar o problema “macro” levado à apreciação do Poder Judiciário, mas o fazem por caminhos bem distintos. A propósito, não concordamos integralmente com nenhum deles.

Parece-nos inafastável que para a constatação da existência de litispendência é imperioso que a causa de pedir e o pedido sejam interpretados extensivamente (necessidade há muito clamada pela doutrina),⁶⁰³ o que não significa que os elementos objetivos da demanda sejam prescindíveis. Dito de outro modo, causa de pedir e pedido são os critérios que balizam a ocorrência ou não de litispendência, desde que, uma vez interpretados, a conclusão a que o intérprete chega resulte na proposição de solução, devidamente fundamentada, para o mesmo “problema” de uma mesma coletividade, identificado pela narrativa dos fatos (donde se extrai a causa de pedir remota). Essas soluções pleiteadas (pedidos mediatos e imediatos) podem ser distintas, assim como as fundamentações jurídicas (causa de pedir próxima), porém, os “problemas” levados à apreciação do Poder Judiciário devem ser rigorosamente os mesmos e a identificação deles será extraída dos fatos – até porque o juiz é livre para qualificá-los juridicamente.⁶⁰⁴

Nesse sentido, entendemos que, com as devidas adaptações, não necessitamos recorrer ao “bem jurídico” ou à “situação jurídica” – conceitos jurídicos não unívocos – como critérios seguros para atestar que uma demanda é idêntica a outra. Basta, para essa finalidade, verificar a crise de direito (ou seja, o “problema”), a titularidade do direito (se é idêntica coletividade) e interpretar os pedidos e a causa de pedir. Ao empregar o critério sugerido, um mandado de segurança coletivo pode ser idêntico a uma ação civil pública e fazer jus à objeção de litispendência. Concluímos, então, que demandas coletivas que obedecem a ritos distintos podem perfeitamente ser consideradas iguais, restando a análise sobre como proceder nesse caso.

⁶⁰² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de processo civil: processo coletivo*. 6.ed. Salvador: JusPodvim, 2011. Vol. IV. p. 174.

⁶⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo* (arts.81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II. p.31.

⁶⁰⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 209.

6.2.2.1 Há litispendência entre o mandado de segurança coletivo e outra demanda coletiva. Como proceder: suspensão, reunião ou extinção?

Existente a litispendência entre o mandado de segurança coletivo e outra demanda coletiva, emerge o desafio: deveríamos proceder com a extinção, reunião ou suspensão da demanda replicada? Há aqui uma das questões mais complexas relacionadas aos processos coletivos, porque dificilmente o receio de um processo replicar o outro ocorre conforme os didáticos exemplos dos bancos da graduação, nos quais, quando do início dos processos – e sempre são apenas dois –, o juiz, provocado (ou não) pela parte que objeta a litispendência, extingue o processo que sobreveio à citação válida, nos termos do art. 267, inciso V c/c art. 301, inciso V, todos do CPC. Pode ocorrer que mais de dois, três ou dez processos coletivos, propostos em diferentes tribunais, por diferentes legitimados, sejam idênticos entre si; pode ocorrer que esses processos estejam em fases processuais distintas; pode ser que, quando da descoberta da identidade entre as demandas coletivas, a prova do processo ulterior esteja melhor produzida em relação ao processo originário e, com isso, o prejuízo à coletividade se daria pela extinção daquele, enquanto este, com a prova “pior”, perseveraria ainda que com menos chance de êxito. Tem-se, então, que a casuística construirá barreiras que a norma do processo individual, ancorada exclusivamente na extinção, não conseguirá transpor sem causar desvantagens à tutela coletiva.

Quando o mandado de segurança coletivo se insere nessa já complexa equação, algumas de suas peculiaridades tornam ainda mais difícil a tentativa de uma solução para a litispendência entre demandas coletivas, tendo em vista que o *writ*: (i) tem um rito reduzido se comparado a outros ritos “ordinarizados”, como o da ação popular e da ação civil pública, sendo que nele toda a prova é pré-constituída; (ii) tem prioridade de tramitação em relação a outras demandas (art. 20 da Lei 12.016/2014), o que poderia dificultar a tramitação conjunta; (iii) tem competência originária muitas vezes fixada nas Cortes Ordinárias e de Sobreposição, o que também prejudicaria a reunião dos processos que, por exemplo, tramitem em primeira instância, no juiz singular.

Esses fatores apenas reforçam a importância de ser cunhada a norma a respeito do tema “litispendência entre demandas coletivas”, que, conforme já salientamos é inexistente no ordenamento jurídico vigente (*supra*, n. 6.2).

Nesse sentido, de *lege lata*, o que resta é o Código de Processo Civil: extinguir o processo sem resolução do mérito (art. 267, inc. V, do CPC), em qualquer caso, sem que se reflita sobre se a medida é realmente a melhor para a adequada tutela de direitos coletivos em sentido amplo.⁶⁰⁵ Obrigados a nos resignar com a *única* solução que o ordenamento confere aos casos de litispendência, adotaremos a posição pela extinção da demanda coletiva idêntica que sobrevier ao mandado de segurança coletivo, independentemente dessa solução não ser satisfatória em diversas hipóteses e, por esse motivo, conter potencial lesivo à tutela coletiva. Repita-se: de *lege lata*, é o único caminho que o ordenamento nos fornece.

Como hipótese, a reunião dos processos idênticos poderia também solucionar boa parcela dos casos de litispendência sem provocar grandes prejuízos à coletividade, especialmente se fossem eles propostos por partes distintas, caso em que seria “muito mais prático e rápido reunir as causas do que extinguir um dos processos e permitir que o legitimado peça para intervir no processo que sobreviveu, requerimento que dará ensejo a um incidente processual, com ouvida das partes”.⁶⁰⁶ Outra vantagem, inclusive, seria o aproveitamento dos argumentos e das provas produzidas em outro processo, a fim de propiciar um julgamento mais democrático, pela participação efetiva de outro legitimado, e melhor instruído, o que aquilataria a prestação jurisdicional coletiva. No entanto, essa solução não encontra respaldo no ordenamento e, também ela, seria insuficiente para solucionar todos os casos de litispendência. Tal medida seria de difícil implementação se fosse o mandado de segurança coletivo o processo originário, justamente em razão do rito

⁶⁰⁵ Extinguir o processo foi a solução proposta por Ada Pellegrini Grinover ao analisar a litispendência entre uma ação civil pública e uma ação popular. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações civis públicas e ação popular constitucional. Conexão e continência. Modificação e prevenção da competência. Desistência do recurso pelo MP.* In: *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.492). Entendem pela extinção: GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. pp. 223-224. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. pp. 282-283. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Litispendência em ações coletivas*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 277. VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. pp. 334-335.

⁶⁰⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de processo civil: processo coletivo*. 6.ed. Salvador: JusPodvim, 2011. Vol. IV. p. 176.

célere – incompatível com o ordinário – e da prioridade de tramitação prevista no art. 20 da Lei 12.016/2014, sem mencionar ainda a possibilidade do mandado de segurança ter sua competência originária fixada já nas diversas Cortes do país. O que queremos dizer é que a reunião, por litispendência, do mandado de segurança coletivo com outro processo coletivo, regra geral, não poderá ocorrer por absoluta incompatibilidade de procedimento ou de competência, exceção feita à replicação do próprio mandado de segurança por outro legitimado e também ao processo coletivo de rito célere e de mesma competência originária.⁶⁰⁷

A proposta de *suspensão* do processo, de *lege ferenda*,⁶⁰⁸ também se mostra de grande valia para a solução de alguns problemas enfrentados pela prática forense. Nos casos em que a descoberta dos processos iguais se operar quando um deles já estiver em estágio mais avançado em relação ao outro, bastaria verificar a prejudicialidade e sobrestar (art. 265, inc. IV do CPC) a causa coletiva que se desenvolveu menos⁶⁰⁹ – aqui, em prol do princípio da efetividade, necessariamente o critério da citação válida (*rectius*, notificação da autoridade coatora e ciência da pessoa jurídica interessada) seria relativizado para não desperdiçar toda a atividade cognitiva feita pelo Poder Judiciário. De outra sorte, a suspensão não tem condições de ser o único meio a atacar os processos idênticos, uma vez que é também imprescindível ceifar *ab initio* o processo coletivo que nasce simultaneamente ao outro, visto que ambos não têm razão para coexistirem.

Ao analisar o manejo de intercorrência do mandado de segurança com outras demandas coletivas, temos que a extinção, reunião ou suspensão dos processos não são medidas capazes de, isoladamente, servir de panaceia para os males da litispendência. Cada uma dessas alternativas, a depender do caso, terá relevante serventia para eliminar os riscos de conflito prático entre decisões. Então, a nosso sentir, melhor seria se o juiz, diante da replicação de processos coletivos, pudesse escolher o melhor remédio para a situação

⁶⁰⁷ O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu litispendência entre um mandado de segurança coletivo e um processo cautelar. Não foi objeto de apreciação da Corte a compatibilidade de procedimento e a competência originária de ambas as demandas. Vide: STJ, AgRg na MC 14216 / RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 3ª Seção, DJe 23.10.2008.

⁶⁰⁸ Pela suspensão do processo, de *lege lata*: GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 218.

⁶⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações Coletivas. Identidade total ou parcial. Conexão, continência e litispendência. A aparente diversidade no pólo ativo. Conflito positivo de competência. Reunião dos processos perante o juízo preventivo*. In: *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 409.

concreta, sem ter que se restringir à extinção do processo, única ferramenta que o ordenamento, por ora, lhe dispõe.

6.2.2.2 Litispendência entre mandado de segurança coletivo e a ação popular: a superação do Enunciado 101 da Súmula do STF

Nos tópicos anteriores admitimos a existência de litispendência entre o mandado de segurança coletivo e outras demandas coletivas. Especial atenção, entretanto, merece análise de suposta replicação de uma igual pretensão deduzida em duas específicas ações, tendo em vista que o Enunciado 101 da Súmula do Supremo Tribunal Federal assenta que “o mandado de segurança não substitui a ação popular”. Embora a Corte tenha reiterado o texto sumulado em decisões recentes,⁶¹⁰ temos que, em alguns casos, é perfeitamente possível que o mandado de segurança coletivo seja o espelho da ação popular, o que levaria à inafastável superação daquele enunciado.

A fim de defender nosso posicionamento, insta observar que o mencionado verbete foi aprovado na sessão plenária de 13 de dezembro de 1963, e tinha como referências normativas a Constituição de Federal de 1946 e a Lei 1.533/1951. Ademais, os precedentes do texto sumulado justificavam a impossibilidade de semelhança entre os dois institutos porque o *writ* era destinado a qualquer pessoa para a proteção de direito individual (próprio) do impetrante – direito subjetivo do particular em face do Poder Público –, enquanto a ação popular cabia ao cidadão como parte de seu interesse cívico (não um direito propriamente dito) na incolumidade do patrimônio público e na boa prestação dos serviços prestados pelo Estado.⁶¹¹

A lógica individualista é o aspecto de maior relevo na justificava para a edição do enunciado.⁶¹² Na época em que este nascera, decerto as discussões sobre direitos

⁶¹⁰ STF, MS 25743 ED / DF, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, julgado em 4.10.2011; STF, MS 25609 AgR-ED, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, julgado em 30.8.2006.

⁶¹¹ STF, MS 1000, Min. Edgar Costa, DJ 24.10.1951; STF, MS 1786, Rel. Min. Luiz Gallotti, DJ 23.4.1953; STF, MS 4503, Rel. Min. Ribeiro da Costa, DJ 11.10.1957.

⁶¹² Naquele momento histórico – ainda sob a égide da antiga Lei do Mandado de Segurança, apontava José Carlos Barbosa Moreira que “fora do âmbito da ação popular, inexistia no direito pátrio regra legitimante específica de corte análogo. O art. 1.º, §. 2º, da Lei n. 1533, de 31-12-1951, dispõe que, “quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança”; daí, contudo, não se têm extraído sugestões relevantes no plano que agora nos interessa: doutrina e jurisprudência

metaindividuais ainda eram incipientes, tampouco tinham maturidade e a relevância jurídica da atualidade. A escassez de instrumentos para a tutela jurisdicional dos direitos coletivos em sentido amplo era evidente e sequer se cogitava do *mandamus* ter outro escopo senão o da proteção dos direitos do indivíduo frente ao arbítrio estatal. A tutela individual vivia, talvez, seu apogeu, motivo pelo qual a conclusão a que chegaram os Ministros do Supremo Tribunal Federal foi, à época, correta. Elaborar solução diversa, naquele tempo, configuraria *decisum* herético.

A Constituição de 1988, a seu turno, previu que o *mandamus* passaria a proteger direitos que não mais cabiam exclusivamente ao indivíduo, mas à coletividade. A nova ordem Constitucional tornou obsoleta a afirmativa de que “o que visa o mandado de segurança é a proteção dos direitos individuais”,⁶¹³ citação de trecho do voto do Min. Edgar Costa, em mandado de segurança de sua relatoria que serviu de precedente do verbete 101 da Súmula do STF. O restante da jurisprudência que compôs o sustentáculo para a criação do supracitado enunciado também se ancorou nessa ultrapassada verdade que não mais se sustenta.

O tempo e legislação se encarregam de tornar anacrônica a aplicação imponderada do verbete 101 da Súmula do STF. Trata-se de um retrato datado de 1963, que não representa o cenário atual, no qual é imprescindível garantir a tutela de direitos coletivos em sentido amplo por intermédio do *writ*.

O enunciado sumular seria até considerado verdadeiro se interpretado da seguinte forma: “o mandado de segurança *individual* não substitui a ação popular”. Em outras palavras, o que não pode ocorrer, simplesmente por ausência de norma autorizativa, é que o mandado de segurança individual seja impetrado, avocando para si o objeto do mandado de segurança coletivo e/ou da ação popular. Nesse caso, o indivíduo não teria legitimidade para tanto. De resto, o *writ* coletivo poderia certamente se confundir com o objeto da ação popular.

firmaram-se no sentido de que o mandado de segurança é instrumento de proteção apenas contra ato que afete de maneira individualizada a esfera jurídica de alguém”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A tutela dos interesses difusos. In GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 100).

⁶¹³ STF, MS 1000, Min. Edgar Costa, DJ 24.10.1951, p. 7.

Para alguns, entretanto, a aplicação do verbete seguiria aplicável por não ser o interesse difuso tutelável em mandado de segurança.⁶¹⁴ No entanto, já registramos nossa posição no sentido de que o legislador não poderia limitar garantia constitucional que o Poder Constituinte deixou ampla (*supra*, n. 2.4.3).

Bastaria pensar no caso em que a Administração Pública abra processo licitatório para a construção e gestão de um centro de convenções – a um custo estimado de R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais) –, cujos impactos afetarão um número indeterminado de pessoas (direito difuso) em razão das consequências geradas ao meio ambiente urbano (implicações no trânsito, na circulação de ar e de pessoas, poluição sonora pela realização de espetáculos, dentre outros). Para certames desse porte, a Lei 8.666/1993 determina, em seu art. 39, que o processo licitatório será iniciado, inevitavelmente, com uma audiência pública, o que poderá não ser observado pelo Poder Público em dado caso.⁶¹⁵

Nessa hipótese, respeitados os requisitos legais, seria perfeitamente possível que a licitação fosse impugnada por um mandado de segurança coletivo e por uma ação popular para a tutela de direito difuso. Ambos estariam respaldados nos mesmos fatos (causa de pedir remota), no mesmo fundamento (nulidade pelo claro aviltamento do art. 39 da Lei 8.666/1993 – causa de pedir próxima) e, com as devidas interpretações, também no mesmo pedido (declaração de nulidade e cessação do processo licitatório). Traçado esse panorama, a ação popular poderia ser idêntica ao *mandamus* e vice versa. Logo, qualquer delas estaria suscetível à objeção de litispendência, o que comprova que o mandado de segurança coletivo “substitui” a ação popular.

⁶¹⁴ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de Segurança individual e Coletivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012. pp. 195-196.

⁶¹⁵ Art. 39, da Lei 8.666/1993: Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

6.2.3 Inexistência de litispendência entre o mandado de segurança coletivo e as demandas individuais

A exemplo do que ocorre com o art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, a Lei 12.016/2009, em seu art. 22, § 1º, primeira parte, estabeleceu que “o mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais”. Do ponto de vista estritamente gramatical sobre a interpretação da norma, o texto legal que rege a litispendência entre o mandado de segurança coletivo e as ações individuais é indene de dúvidas sobre seu alcance em relação a todos os direitos tutelados pelo *writ*, o que não se passa no Código de Defesa do Consumidor. Embora compreendamos que os pedidos individuais e coletivos sejam distintos – podendo ser cogitada a continência, mas não a litispendência –, o CDC (art. 104) não excluiu da *sua redação* a (equivocada) hipótese de haver litispendência entre as demandas coletivas para direitos individuais homogêneos e as demandas individuais, o que é causa de diversas posições por parte da doutrina sobre a caracterização do fenômeno nesse contexto.⁶¹⁶⁻⁶¹⁷

O mandado de segurança coletivo, a seu turno, não induz litispendência para as demandas individuais sequer se seu objeto for a tutela de direitos individuais homogêneos. Eventuais dúvidas a esse respeito foram extirpadas pelo legislador, o que torna mais singelo o afastamento da objeção de litispendência, se eventualmente oposta. Se a relação entre o mandado de segurança coletivo e as demandas individuais é de conexão ou continência – temas que aqui não debateremos –, essa é outra discussão.⁶¹⁸ É certo afirmar, por outro lado, que está excluída a hipótese de que tal relação será de litispendência.

⁶¹⁶ Sobre o art. 104 do CDC, “a remissão útil, portanto, deveria ser ao inciso III do art. 81, da ação coletiva de direitos homogêneos, porque nesta sim é o próprio direito individual que estaria abrangido.” (GRECO FILHO, Vicente. Arts, 101 a 104. In OLIVEIRA, Juarez de (coord.). *Comentário ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 366).

⁶¹⁷ Pela existência de continência entre a demanda coletiva para direitos individuais homogêneos e a puramente individual: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*: processo coletivo (arts.81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II. p.214. Pela existência de conexão: DONIZETTI, Elpidio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010. pp.232-235. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 272-273. ARRUDA ALVIM *et al.* *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São. Paulo: RT, 1995. p.491. Pela existência de litispendência, a partir de uma interpretação *a contrario sensu* do art. 104, CDC, embora reconheça que o mais adequado seria a classificação como continência: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp.275-276.

⁶¹⁸ “O titular do direito subjetivo individual tem a faculdade de promover ou de dar seguimento a mandado de segurança (ou a ação de rito comum) destinado a tutelar seus interesses, mesmo que esteja em curso a ação coletiva de mandado de segurança em que possa figurar como substituído. Não há, portanto, litispendência entre um e outro. [...] O que há, entre as duas ações, portanto, é inegável laço de conexão

Parece-nos evidente que se o mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, a recíproca também é verdadeira. Em outras palavras, as ações individuais também não induzem litispendência para as demandas coletivas. Seria ilógico cogitar a aplicação de qualquer consequência legal (extinção, reunião ou suspensão) ao mandado de segurança coletivo por haver se cogitar que a demanda individual precedeu validamente a demanda coletiva.

Por fim, interessante pontuar que, talvez despretensiosamente, a primeira parte do art. 22, §1º da Lei 12.016/2014 incorreu em acerto ao prescrever que o mandado de segurança coletivo não induz litispendência para quaisquer “ações individuais”, ou seja, o texto normativo não se restringiu apenas aos *writs* individuais.⁶¹⁹ Desse modo, o aproveitamento da coisa julgada poderá também beneficiar aquele que propôs demanda individual diversa do *mandamus*. Contudo, os elogios à norma terminam nesse singelo ponto, tendo em vista que o art. 22, §1º da Lei 12.016/2014, ao prever a necessidade de desistência do mandado de segurança, incidiu em flagrante inconstitucionalidade (*supra*, n. 5.4.1).

6.3 Liminar e mandado de segurança individual e coletivo

Dando continuidade ao nosso plano de apenas comentar o mandado de segurança individual naquilo que o distingue do mandado de segurança coletivo – principal objeto do nosso estudo –, no que diz respeito às liminares,⁶²⁰ temos que todas as disposições do

(CPC, art. 103).” (ZAVASCKI, Teori Albino. O mandado de segurança coletivo na Lei 12.016/2009. In: MILARÉ, Édis (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010. p.799).

⁶¹⁹ REDONDO, Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; CRAMER, Ronaldo. *Mandado de segurança: comentários à Lei 12.016/2009*. São Paulo: Método, 2009. p.155.

⁶²⁰ No tocante às liminares em mandado de segurança (coletivo ou individual), impõe observar que não são raras as oportunidades em que a concessão da referida tutela de urgência representa verdadeira antecipação dos efeitos da tutela, sem se restringir à tutela cautelar. Como exemplo, basta pensar em um mandado de segurança impetrado por candidato *sub judice* que requer sua nomeação e posse. Diante desses casos, são conhecidas as decisões que – apresentando caráter acautelatório –, concedem as liminares para reservar a vaga e assim resguardar o direito do impetrante à fruição (futura) do bem da vida almejado. De outro lado, não são menos frequentes decisões que determinam, *ab initio*, a nomeação e posse do impetrante, o que lhe garante prontamente a tutela, na exata medida do pedido formulado. Embora, na prática, o deferimento de verdadeiras tutela antecipadas seja habitual, a Lei 12.016/2009 não acompanhou o “mundo do ser”, de maneira que há doutrina que clama por essa adaptação legislativa (principalmente depois do advento da Lei n.9.952/1994, que alterou os art. 273 e 461): MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 91.

primeiro se aplicam ao segundo (embora a recíproca não seja verdadeira). Isso quer dizer que embora seja possível a concessão de tutelas de urgência em mandado de segurança coletivo, a este também se aplicam as lamentáveis vedações impostas pelo art. 7º, §2º da Lei 12.016/2009, dispositivo este que fixa a impossibilidade de concessão de liminares nos casos de compensação de créditos tributários, entrega de mercadorias/bens provenientes do exterior, reclassificação ou equiparação de servidores públicos, aumento/extensão de vantagens ou pagamentos de qualquer natureza.

Contudo, existe dispositivo legal, não aplicável ao mandado de segurança individual, específico sobre a concessão de liminares no *writ* coletivo: trata-se do art. 22, §2º da Lei 12.016/2009, que prevê que referida tutela de urgência “só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas”. Em verdade, esse rigor do legislador com relação às liminares no *writ* coletivo já existia. A redação do art. 22, §2º da Lei 12.016/2009 em muito se assemelha ao teor do art. 2º da Lei 8.437/1992,⁶²¹ norma que já mitigava a possibilidade de concessão *inaudita altera parte* de liminares no *mandamus* da coletividade e na ação civil pública. O Superior Tribunal de Justiça já assentou que é nula a decisão que concede liminar em mandado de segurança coletivo antes de transcorrido o prazo de 72 horas para manifestação do representante da pessoa jurídica de direito público.⁶²²

Aqui é preciso fazer uma importante ponderação: o texto do art. 22, §2º é distinto daquele constante do art. 7º, § 2º (ambos da Lei do Mandado de Segurança). Cá, a lei veda claramente a concessão de liminares em qualquer circunstância, o que se percebe até pela linguagem empregada no dispositivo (“não será concedida medida liminar que tenha por objeto ...”). Lá, a lei difere o momento da decisão, ou seja, não impede aprioristicamente a concessão da tutela de urgência, mas, para tanto, se impõe o estabelecimento de contraditório prévio.

Essa diferença entre a *impossibilidade* e o *diferimento* da concessão da liminar, a nosso ver, afasta do art. 22, §2º as (corretas) críticas feitas pela doutrina acerca da

⁶²¹ Art. 2º, da Lei 8.437/1992: “No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.”

⁶²² STJ, REsp 88583/ SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, julgado em 21.10.1996.

inconstitucionalidade existente ao art. 7º, § 2º da Lei 12.016/2009. O art. 22, §2º não negou o direito subjetivo público à obtenção da liminar (desde que presentes os requisitos ao seu deferimento) ao grupo ou categoria substituído pelo impetrante, pois relegou a concessão a um segundo momento. Não enxergamos no texto normativo destinado exclusivamente ao *writ* coletivo uma proibição em abstrato do deferimento da tutela de urgência, como há no art. 7º, §2º. Este último, sim, é preceito legal portador de clara inconstitucionalidade.⁶²³⁻⁶²⁴ Contudo, o Supremo Tribunal Federal não se posicionou especificamente acerca da compatibilidade do art. 7º, § 2º da Lei 12.016/2009 com a Constituição,⁶²⁵ embora, no passado, já tenha se posicionado sobre a constitucionalidade de leis que proíbem *abstratamente* o deferimento de liminares, ressaltando ser o controle difuso o responsável por aferir, *in concreto*, a constitucionalidade dessas normas.⁶²⁶ Dito isso, entendemos que, enquanto aquela Corte não alterar seu posicionamento para reconhecer a inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º da Lei 12.016/2009 (por violar o art. 5º, inciso XXXV da Carta Magna), existindo *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, os magistrados deverão afastar a incidência dessa norma no caso concreto (seja em *writ* individual ou coletivo) e deferir tutela de urgência sobre as matérias nela disciplinadas. O que não é possível é negar a prestação jurisdicional a quem dela necessita.

Situação bem distinta, repita-se, é aquela do art. 22, § 2º da Lei 12.016/2009.

⁶²³ Defendem a inconstitucionalidade de normas que impossibilitam a concessão de liminares contra o Poder Público: BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do Mandado de Segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 72-73. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Artigo 7º. In MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org.). *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: RT, 2010. pp.139-140. MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de segurança em matéria tributária*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 142. COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da Moralidade Administrativa*. São Paulo: QuartierLatin, 2009. pp. 340-344. ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. pp.197-200. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência* (tentativa de sistematização). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. pp. 90-94. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 12. ed. São Paulo: RT, 2011. pp.224-239 (destaque para a página 229). FERRAZ, Sergio. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 245-252. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp.323-327. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A liminar no mandado de segurança. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990. pp.220-222.

⁶²⁴ Defendem a constitucionalidade de normas que impossibilitam a concessão de liminares contra o Poder Público: BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança individual*. São Paulo: Saraiva, 1989. pp. 217-219. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012. pp. 238-239.

⁶²⁵ Está em trâmite no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.296-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, proposta pelo Conselho Federal da OAB, na qual o art. 22, §2º da Lei 12.016/2009 é impugnado justamente por violar o princípio do acesso à justiça. Conforme exposto no tópico, não pactuamos no mesmo entendimento. Há, apenas, o diferimento na concessão.

⁶²⁶ STF, ADI 223 MC / DF, Rel. Min. Paulo Brossard, Rel. para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, julgado em 5.4.1990.

Feitas essas considerações, temos que a norma do art. 22, § 2º da Lei 12.016/2009 nasceu de um feliz acerto do legislador.⁶²⁷ O aodamento na concessão da liminar pode levar à ampliação na magnitude do erro judicial a um número indeterminado ou muito elevado de pessoas, bem como causar prejuízos exponenciais ao Poder Público. O imperioso estabelecimento do contraditório prévio pode coibir o deferimento equivocado de tutelas de urgência em demandas coletivas, realidade verificada principalmente em casos envolvendo Políticas Públicas, nos quais, não raras vezes, a falta de informações e de dados científicos, a limitação de orçamento, bem como o distanciamento dos magistrados entre si (nos casos de multiplicidades de demandas individuais e coletivas), e de cada um deles com a Administração Pública (ordenadora de despesas), dificultam o proferimento de decisões equilibradas e justas.⁶²⁸ Em outros termos, queremos dizer que o risco de uma decisão inexecutável, lesiva ao Poder Público, proferida em cognição sumária, sem a devida reflexão e temperamentos, no *writ* coletivo, justifica o teor do art. 22, §2º, que impõe primeiro a oitiva da parte contrária para só depois viabilizar a possibilidade da concessão da liminar.

Nunca, porém, deverá ser postergada a decisão caso o direito alegado pelo impetrante corra risco de perecimento. Nesse caso, sim, a aplicação impensada do art. 22, §2º da Lei 12.016/2009, implicaria negativa de acesso à justiça e, por óbvio, violação literal ao art. 5º, inc. XXXV da CF/88. Existindo grave receio de que a coletividade perderá seu direito se a tutela jurisdicional não for prestada de imediato, o contraditório cede espaço para o princípio da efetividade, a ser então conclamado pela existência do *periculum in mora*.⁶²⁹

⁶²⁷ Favorável ao texto da norma: BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do Mandado de Segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 182-183 (desde que a norma seja analisada caso a caso). MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de Segurança individual e Coletivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 212. Contrários ao texto do dispositivo legal (principalmente por entenderem se tratar, não de mais uma prerrogativa, mas de verdadeiro privilégio concedido ao Poder Público e também de norma violadora do acesso à justiça): FERRARESI, Eurico. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.128. ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 347. REDONDO, Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; CRAMER, Ronaldo. *Mandado de segurança: comentários à Lei 12.016/2009*. São Paulo: Método, 2009. p.157.

⁶²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. Exposição de Motivos do Anteprojeto de Lei que “Institui processo especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências”. São Paulo, janeiro de 2012.

⁶²⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do Mandado de Segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 182-183. MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de Segurança individual e Coletivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 212. REMÉDIO, José Antonio. *Mandado de segurança individual e coletivo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.799. GRECO FILHO, Vicente. *O novo mandado de segurança: comentários à Lei N. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.60. CASTRO MENDES,

Na hipótese de concessão da liminar, sem a oitiva do Poder Público, a decisão incorrerá em nulidade.⁶³⁰ No entanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a aplicação do art. 2º da Lei 8.437/1992 para a ação civil pública – lembrando que tal texto legal também faz menção ao mandado de segurança coletivo, o que viabiliza o emprego do entendimento também para este último –, segue a linha de que é preciso reconhecer, *in concreto*, o efetivo prejuízo à pessoa jurídica interessada, o que entendemos ser correto.⁶³¹ A Corte Especial também mitiga o reconhecimento da nulidade da decisão nas hipóteses excepcionais⁶³² em que a análise do pedido formulado pelo impetrante exige extrema urgência pelo risco de perecimento do direito, como ocorre nos casos de risco à vida⁶³³ e de lesão ao meio ambiente,⁶³⁴ entendimento consoante com o princípio do acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV da CF/88).

Importa também salientar que é peremptório o prazo de 72 (setenta e duas) horas para a oitiva da pessoa jurídica interessada, afinal, trata-se de pedido de tutela de urgência a ensejar a prestação jurisdicional célere, impassível de protelações desnecessárias.⁶³⁵ Ultrapassado o prazo sem manifestação, atendida estará a exigência legal, sem que qualquer vício macule o processo.⁶³⁶

Aluisio Gonçalves de. Art 22. _____(coord). *Mandado de Segurança individual e Coletivo: a Lei nº 12.016/2009 Comentada*. Niterói: Impetus, 2010. pp. 148-149.

⁶³⁰ Sobre a nulidade em mandado de segurança coletivo pela não intimação do Poder Público: “I - No processo de mandado de segurança coletivo e de ação civil pública, a concessão de medida liminar somente pode ocorrer, setenta e duas horas após a intimação do estado (lei num. 8.437/1992, art. 2.). II - Liminar concedida sem respeito a este prazo e nula.” STJ, REsp 88583 / SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, DJ 18.11.1996. No mesmo sentido, mas para a ação civil pública: Pela nulidade: STJ, REsp 667.939/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJe 13.08.2007; STJ, REsp 220.082/GO, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª turma, DJe 20.06.2005; STJ, AgRg no AgRg no REsp 303.206/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, DJe 18.02.2002.

⁶³¹ STJ, AgRg no AREsp 290086 / ES, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJe 28.8.2013; STJ, AgRg no REsp 1372950 / PB, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 19.6.2013; STJ, AgRg no Ag 1314453 / RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 13.10.2010; STJ, REsp 1018614 / PR, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª turma, DJe 6.8.2008.

⁶³² MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 137 (nota de rodapé 310).

⁶³³ STJ, REsp 860.840/MG, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, DJ 23.04.2007; STJ, REsp 746.255/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 2ª turma, DJe 20.03.2006.

⁶³⁴ STJ, AgRg no AREsp 431420 / MG, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 17.2.2014. STJ, AgRg no Ag 1320906 / MG, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 4.2.2011.

⁶³⁵ No mesmo sentido: GRECO FILHO, Vicente. *O novo mandado de segurança: comentários à Lei N. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.60.

⁶³⁶ REMÉDIO, José Antonio. *Mandado de segurança individual e coletivo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.799

Por derradeiro, entendemos que é a pessoa jurídica interessada (pública e privada no exercício de função pública), e não exclusivamente a pessoa jurídica de direito público, que deverá se manifestar no prazo de 72 (setenta e duas) horas, apesar da lei ter feito menção somente à segunda.⁶³⁷ Existe entendimento doutrinário que defende a exclusividade da sujeição da pessoa jurídica de direito público ao art. 22, §2º da Lei 12.016/2009, retirando a incidência da norma sobre as pessoas jurídica de direito privado no exercício de função pública.⁶³⁸ Tal corrente entende que a norma insculpida no supracitado dispositivo é inconstitucional por limitar garantias conferidas pela Carta Magna e por estreitar o acesso à justiça, sendo merecedora, portanto, de interpretação restritiva. Não concordamos com esse posicionamento porque, conforme acima assentamos, o art. 22, §2º da Lei 12.016/2009 é constitucional. Não há negativa incondicional do proferimento de liminares, mas a postergação, no tempo, de sua concessão em prestígio ao contraditório, mecanismo idôneo a aplacar o temor de decisões inexecutáveis e/ou que causem prejuízos em proporções exponenciais, tomadas em cognição sumária. Ressalvados estarão os casos em que o direito da categoria possa perecer, circunstância que ensejará, de plano, a concessão da tutela de urgência. Logo, se o escopo da norma é o de coibir precipitações lesivas, o será para qualquer pessoa que ocupe o polo passivo.

6.4 Ministério Público como *custus legis*: distinção entre o mandado de segurança individual e coletivo

A Constituição de 1988 conferiu unidade (indivisibilidade) e autonomia funcional ao Ministério Público, incumbindo ao órgão a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e também dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, §1º da CF/88).⁶³⁹ Foi a partir de 1998 que enfim o *parquet* se desincumbia da defesa dos

⁶³⁷ Pela aplicação do art. 22, §2º da Lei 12.016/2009 às pessoas jurídicas de direito público e privado no exercício de função pública: GRECO FILHO, Vicente. *O novo mandado de segurança*: comentários à Lei N. 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010. p.60.

⁶³⁸ Pela incidência da norma somente à pessoa jurídica de direito público: REDONDO, Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; CRAMER, Ronaldo. *Mandado de segurança*: comentários à Lei 12.016/2009. São Paulo: Método, 2009. p.156 (norma restringe direitos e deve ser interpretada restritivamente). ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 348. THEODORO JR, Humberto. *O Mandado de Segurança segundo a lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Rio de Janeiro: Forense, 2009. pp.56-57.

⁶³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Vol. I. pp. 697-700.

interesses patrimoniais do Estado, passando a desempenhar função essencial à justiça na defesa de direitos e de valores caros à ordem constitucional vigente.⁶⁴⁰

O Código de Processo Civil admite duas formas de atuação do Ministério Público, quais sejam, como parte (art. 81 do CPC) e como fiscal da lei (ou *custus legis*, art. 82 do CPC). Na condição de parte, tratamos do tema na oportunidade em que defendemos a legitimidade do Ministério Público para a propositura do mandado de segurança. Agora, é o papel de fiscal da lei o que mais interessa – valendo ponderar que as previsões de atuação do *parquet* constantes do art. 82 do CPC são meramente enunciativas, tendo em vista que existem outras previsões legais que exigem a atuação do órgão, caso, por exemplo, da Lei do Mandado de Segurança, como veremos.⁶⁴¹

A atuação do Ministério Público como *custus legis* no mandado de segurança individual causa divergências especialmente na jurisprudência. No Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, há duas antagônicas posições acerca do tema.⁶⁴² A primeira dessas correntes, com fundamento na imposição do art. 10 da Lei 1.533/1951 c/c arts. 82 e 84 do CPC, entende que a manifestação do Ministério Público é condição *sine qua non* de validade do processo.⁶⁴³ Não bastaria a intimação do representante do órgão, mas a lavratura de seu posicionamento sobre o mérito nos autos. A ausência do parecer ministerial macularia, com nulidade, o *mandamus*.⁶⁴⁴

De outra sorte, a corrente contrária se ancorava nos princípios da autonomia e independência funcional do órgão para justificar a prerrogativa do representante do Ministério Público de, devidamente intimado, deixar de se posicionar sobre o mérito do

⁶⁴⁰ COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da Moralidade Administrativa*. São Paulo: QuartierLatin, 2009. pp. 205-208.

⁶⁴¹ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. I*: arts. 1 a 153. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. pp. 289-294.

⁶⁴² Importa destacar que todos os julgados consultados cuidam de mandados de segurança que se iniciaram sob a égide da Lei 1.533/1951

⁶⁴³ BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança individual*. São Paulo: Saraiva, 1989. pp. 186-189.

⁶⁴⁴ Necessária a manifestação do Ministério Público, não bastando a mera intimação: STJ, REsp 948090 / DF, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, julgado em 26.5.2009, DJe 3.8.2009; STJ, EREsp 24.234/AM, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, julgado em 14.12.1995, DJ 11.3.1996; STJ, REsp 73.887/AM, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª Turma, julgado em 7.3.1996, DJ 20.5.1996; STJ, EREsp 26.709/AM, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 1ª Turma, julgado em 30.5.1995, DJ 25.9.1995.

writ. Eventual nulidade deveria ser declarada caso o prejuízo fosse comprovado *in concreto*.⁶⁴⁵

Pela perspectiva estritamente legal, a entrada em vigor da Lei 12.016/2009 alterou a disciplina da intervenção do Ministério Público como *custus legis*. O art. 12⁶⁴⁶ da supracitada lei impõe que o juiz ouvirá o Ministério Público para que opine em prazo improrrogável de 10 (dez) dias, porém, determina que o juiz deve decidir o processo “com ou sem o parecer do Ministério Público” (p. ún, do art. 12 da Lei 12.016/2009).

O texto legal parece ter preferido a segunda corrente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, aquela que se manifesta pela autonomia do representante do Ministério Público de, a seu juízo, dar ou não o parecer no mandado de segurança, corrente com a qual concordamos e que em âmbito doutrinário tem ampla aceitação.⁶⁴⁷

Se a atuação *custus legis* do MP gera polêmica no mandado de segurança individual, no *writ* coletivo os pontos de controvérsia são ainda maiores, o que se dá sobretudo porque este último é autêntico processo coletivo e menos pela interpretação das regras previstas na Lei do Mandado de Segurança. E não poderia ser diferente. A Lei de Ação Popular (art. 7º, inc. I, alínea “a”), a Lei de Ação Civil Pública (art. 5º, §1º), o Código de Defesa do Consumidor (art. 92), o Estatuto do Idoso (arts. 75 e 77), o Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 202 e 204), dentre outros diplomas normativos de ordem coletiva, prescrevem a atuação obrigatória do Ministério Público em feitos dessa natureza. Como o mandado de segurança coletivo se insere no rol de processos coletivos, nada mais coerente que também nesses processos atue obrigatoriamente o Ministério Público, até porque é o que exige a redação do art. 12 da Lei 12.016/2009. No entanto, o

⁶⁴⁵ Nesse sentido: STJ, REsp 541199 / MG, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 28.6.2004; STJ, RMS 20498 / MG, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, DJ 15.10.2007; STJ, RMS 20817 / MG, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma DJe 27.5.2008; STJ, REsp 887960 / AL, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 23.10.2008; STJ, REsp 696339 / CE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJ 19.9.2005.

⁶⁴⁶ Art. 12, da Lei 12.016/2009. “Findo o prazo a que se refere o inciso I do *caput* do art. 7º desta Lei, o juiz ouvirá o representante do Ministério Público, que opinará, dentro do prazo improrrogável de 10 (dez) dias. Parágrafo único. Com ou sem o parecer do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz, para a decisão, a qual deverá ser necessariamente proferida em 30 (trinta) dias.”

⁶⁴⁷ ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. pp. 234-236. VILAR FILHO, José Eduardo de Melo. Art. 12. In MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org.). *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: RT, 2010. pp.169-183. FERRARESI, Eurico. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. pp.62-63. BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp.133-135. MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de segurança em matéria tributária*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2009. pp.29-30.

Ministério Público, uma vez intimado, pode deixar de se manifestar sobre os temas afetos aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos?

Entendemos que é *recomendável* que o *parquet* o faça, mas *não é obrigatório*, pois a escusa reside no parágrafo único do art. 12 da Lei do Mandado de Segurança, que prevê o prosseguimento do processo para decisão “com ou sem parecer do Ministério Público”.

A recomendação para que o Ministério Público, devidamente intimado, lance seu parecer no mandado de segurança coletivo decorre da relevância dos direitos envolvidos e dos “riscos de colusão entre os sujeitos do processo, de pressões descabidas do autor coletivo, de manobras visando a arrancar vantagens indevidas em troca da desistência ou abandono da causa”.⁶⁴⁸ A manifestação do *parquet* serviria para controle dos mencionados riscos e também para verificação constante da representatividade adequada, tendo em vista que este último requisito deve ter sua observância em toda a duração do processo.

Discordamos da posição adotada por Hermes Zaneti Jr. quanto à obrigatoriedade dessa intervenção. Para o autor, o Ministério Público deverá sempre intervir no mandado de segurança coletivo “até para a garantia dos titulares dos direitos individuais ligados ao direito coletivo lato sensu posto em discussão, no mínimo e ao extremo, exarando parecer pela regularidade processual da adequada representação e dos demais imperativos da boa tutela coletiva”.⁶⁴⁹

Para a defesa desse posicionamento, o autor, sob a nossa ótica, emprega argumentos semelhantes aos que justificam a *legitimidade* do Ministério Público para propor demandas que versem sobre direitos difusos, coletivos em sentido estrito e os polêmicos direitos individuais homogêneos.⁶⁵⁰ Concordamos integralmente com os

⁶⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*: processo coletivo (arts.81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II. p. 142.

⁶⁴⁹ ZANETI JR, Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2013. pp.232-233.

⁶⁵⁰ Dentre os pontos trazidos por ZANETI JR. para justificar seu posicionamento favorável à oferta obrigatória de parecer pelo Ministério Público, o próprio autor destaca três deles como principais: “a) a relevância da tutela coletiva para a efetivação dos direitos para além da fórmula credor/devedor, ou seja, ultrapassagem do modelo patrimonialista de tutela; b) o impacto das decisões em ações coletivas (extensão da coisa julgada com eficácia erga omnes ou ultra partes) na vida da polis (da comunidade política do Estado); c) a função promocional dos direitos coletivos que é atribuída constitucionalmente ao Ministério Público, que conta com experiência adquirida e especialização reconhecida na matéria, sendo essencial sua

fundamentos que revelam o Ministério Público como parte legítima para a propositura de quaisquer mandados de segurança coletivos (desde que tenha representatividade adequada para tanto), mas lembramos que o cerne da questão aqui tratada é a intervenção do órgão como *custus legis*. Em outras palavras, o Ministério Público não retira de sua legitimidade o fundamento de validade para a intervenção como “fiscal da lei”. Isso porque, no caso do mandado de segurança coletivo, é a *natureza do processo* e/ou a *qualidade da parte envolvida* que justificam essa atuação como interveniente.⁶⁵¹ Em sendo por estes últimos motivos que o Ministério Público intervém, seria elogioso se o legislador impusesse ao órgão a obrigação de exarar parecer sobre o direito tutelado no mandado de segurança coletivo, mas assim não o fez. Houve a preferência legislativa pela simples cientificação do membro do Ministério Público. Isso em prestígio à autonomia/independência funcional e à celeridade.

Sobre a celeridade não há tanto o que dissertar, pois pela fixação de prazo de manifestação e imposição de prosseguimento do feito com ou sem parecer, é clara a tentativa do legislador de não deixar que o *parquet* impeça o proferimento de decisão por sua eventual morosidade.

Quanto à autonomia/independência funcional, destacamos que, pelos termos da lei, a imprescindível necessidade de ciência do Ministério Público sobre o *mandamus* coletivo não ocasiona necessariamente o seu dever de manifestação. É justamente nesse ponto que a autonomia/independência do membro do *parquet* aparece. Há aqui certa margem de discricionariedade para a *identificação* do caso como passível ou não de intervenção. Aliás, nem sempre o Ministério Público terá interesse nessa manifestação – seja porque a matéria não lhe é de imperiosa intervenção, seja porque é regular o andamento do feito –, de modo que a mera intimação seria suficiente para atender ao requisito legal previsto no art. 12 da Lei 12.016/2009. O *parquet*, muito embora deva ser necessariamente intimado, não teria qualquer interesse em intervir, por exemplo, em mandado de segurança coletivo impetrado para tutela de interesse de maiores, capazes, que questionem dada exação

intervenção”. (ZANETI JR, Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2013. pp.232-233).

⁶⁵¹ Nesse sentido MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 84.

tributária.⁶⁵² Seria *recomendável* que o fizesse, entretanto, para controlar a qualidade da defesa dos interesses da categoria pelo impetrante, ou seja, seria indicado que realizasse uma análise da regularidade processual.

Ser recomendável, como já assentamos, não significa ser obrigatório.

6.5 Terceiros no MS individual

Embora tenhamos nos pronunciado sobre o conceito de partes e terceiros no tópico em que tratamos da legitimidade do mandado de segurança (*supra* n.4.3.3) – oportunidade em que nos inclinamos pela adoção do conceito de parte defendido por Liebman –, alguns pontos devem ser retomados para seguirmos adiante. No presente tópico, é a definição de terceiro a que realmente interessa. Porém, não há qualquer desafio na conceituação de “terceiro”, tendo em vista que, na realidade, será ela obtida pela negação do conceito de parte – este sim, de árdua precisão e de distante univocidade.⁶⁵³ Para sermos coerentes com a opção anteriormente elaborada, terceiro, sob a nossa perspectiva, será aquele que *não se identificar com* “os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz”.⁶⁵⁴

A discussão sobre o tema é de extrema relevância pela possibilidade de os efeitos da sentença causarem prejuízos ao terceiro. Nesse sentido, as formas de intervenção de terceiros se justificam para provocar o ingresso, em processo alheio e pendente, de outro sujeito – potencial sofrendor dos impactos da decisão –, a fim de lhe oportunizar participação.⁶⁵⁵ Por razões óbvias, aqui atreladas ao mandado de segurança coletivo, também se discute se não é pertinente o ingresso dos terceiros em processo no qual a imutabilidade da coisa julgada pode a eles se estender, ainda que a atuação do legitimado não seja satisfatória.⁶⁵⁶

⁶⁵² Exemplo retirado de uma citação incluída no corpo do texto da obra de Zaneti Jr. Vide: ZANETI JR, Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2013. pp.231-232.

⁶⁵³ PISANI, Andrea Proto. *Opposizione di terzo ordinaria*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965. pp. 230-231.

⁶⁵⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. Vol I. p.123.

⁶⁵⁵ TROCKER, Nocolò. *L’Intervento ‘per ordine del giudice*. Milano: Giufrè, 1984. pp. 6-7.

⁶⁵⁶ Reflexão semelhante é encontrada em FABRINI, Giovani. *Contributo alla dottrina dell’intervento adesivo*. Milano: Giufrè, 1964. pp.100-101. Importa também anotar o pensamento de Yarshell para justificar o fato de que o terceiro substituído não é verdadeiramente um terceiro: “Vale dizer: se o terceiro (titular do direito que veio a juízo) fica vinculado à sentença mesmo sem ter participado do processo, não há escapatória dentro do sistema que não a de explicar essa vinculação pela premissa de que o terceiro estava ou se

Dentre as diversas qualidades de terceiros,⁶⁵⁷ é preciso verificar, então, aqueles que podem intervir no remédio heroico individual e coletivo.

Em razão da celeridade do procedimento do mandado de segurança, é bem limitada a hipótese de intervenção de terceiros no *writ*.⁶⁵⁸ Espécies interventivas como a *intervenção anômala da pessoa jurídica de direito público* (prevista no art. 5º, p. ún, da Lei 9.469/1997),⁶⁵⁹ a oposição, a denunciação da lide, a nomeação à autoria⁶⁶⁰ e o chamamento ao processo sequer geram controvérsias de relevo na doutrina e na jurisprudência dada a impossibilidade de ocorrência de situações que as comportariam⁶⁶¹ e também pela incompatibilidade da maioria delas com as restrições impostas pelo

considerava em juízo, mediante substituição”. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006. p.130).

⁶⁵⁷ Juan Montero Aroca faz menção a cinco tipos diferentes de terceiros: 1) terceiros absolutamente indiferentes à relação jurídica deduzida em juízo; 2) terceiros potencialmente atingíveis pelos prejuízos da decisão; 3) terceiros titulares de relação jurídica conexa com aquela discutida em juízo; 4) terceiros titulares da mesma relação jurídica de direito material discutida em juízo; 5) terceiros titulares de uma relação jurídica incompatível com aquela discutida em juízo. AROCA, Juan Montero. *La intervencion adhesiva simple*. Barcelona: Editorial Hispano Europea, 1972. pp. 189-190. Sobre as espécies de terceiros, na doutrina nacional, vide: GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. Vol II. pp.271-272. GRINOVER, Ada Pellegrini. Revogação de antecipação de tutela e terceiros (em particular, no âmbito societário). In: *O Processo – II Série: Estudos e Pareceres no Processo Civil*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. pp.169-177.

⁶⁵⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p.524.

⁶⁵⁹ Embora não seja esse o nosso objeto principal de estudo, é preciso consignar a opinião da doutrina acerca da impossibilidade do Poder Público intervir no mandado de segurança por mero interesse econômico. A intervenção anômala da pessoa jurídica de direito público, instituto que viabilizaria esse ingresso do terceiro no feito, difere da assistência principalmente porque cá há necessidade de demonstração de um interesse jurídico, enquanto lá o mero interesse econômico chancela a atuação do terceiro. Segundo Leonardo Carneiro da Cunha, possibilitar a intervenção anômala do *mandamus* seria ordinarizar o rito singelo do remédio heroico. Concordamos com a conclusão, mas não com os motivos. Entendemos que seria, em verdade, caso de autorizar a pessoa jurídica de direito público a intervir como *amicus curiae* e não de forma anômala. Basta, para tanto, que o terceiro ingresse no feito para esclarecer questão fática ou jurídica que não demande dilação probatória. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Intervenção anômala: a intervenção de terceiro pelas pessoas jurídicas de direito público prevista no parágrafo único do art. 5º da Lei 9.469/1997. In DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004. pp. 581 – 638). Sobre o tema, vale a leitura de BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.605. Vide também a jurisprudência que afasta a possibilidade da intervenção anômala: STJ, AgRg no MS 15484 / DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, DJe 1.2.2013. STJ, AgRg no Ag 1018901 / GO, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe 9.3.2011.

⁶⁶⁰ Embora ressalve que a nomeação à autoria seja incabível em mandado de segurança, Cássio Scarpinella Bueno pontua que a finalidade do instituto poderia colaborar para a solução do problema da indicação errônea da autoridade coatora pelo impetrante. Contudo, a forma como a intervenção se encontra disposta no CPC/73 – especialmente no que diz respeito à dupla aceitação – impede que essa salutar proposição seja colocada em prática. Sobre o tema, vide: BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do Mandado de Segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.191. BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. pp. 204-206.

⁶⁶¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do Mandado de Segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.191.

procedimento do *mandamus*. O mesmo, entretanto, não se passa com a *assistência (simples e litisconsorcial)*, na qual o debate emerge com maior contundência. Dar uma noção dele se faz necessário para tentarmos responder à seguinte pergunta: afinal, como se opera a intervenção de terceiros em mandado de segurança individual?

No que diz respeito à assistência, antes de tecer algumas considerações sobre seu emprego no *mandamus*, é necessário elaborar mínimas notas acerca do instituto para contextualizar o tema debatido. Nesse intento, pontuamos que tanto na assistência simples, quanto na assistência litisconsorcial, o terceiro intervém em causa alheia mediante demonstração de um *interesse jurídico* (não econômico, social, político ou de qualquer outra natureza), a fim de que o assistido se sagra vitorioso na demanda. O motivo que propulsiona a intervenção é o temor de que uma decisão desfavorável pode ter na esfera jurídica do assistente, seja pela existência de uma relação jurídica sua, que é derivada daquela que é discutida em juízo, seja porque sua também é relação jurídica de direito material discutida em juízo.⁶⁶² A atuação do assistente é, portanto, a de coadjuvante, habilitado para esse papel a partir da demonstração do interesse jurídico.⁶⁶³ Desse modo, ao ingressar no processo, o assistente "pede para o autor, reforça o pedido que o autor faz para si, ou então colabora nos esforços para afastar do réu o risco de decisão desfavorável".⁶⁶⁴ Ainda que não seja esse o escopo principal deste trabalho, há, contudo, que se fazer uma singela distinção entre assistência litisconsorcial e assistência simples.

Se a relação jurídica de direito material subjacente à demanda for também de titularidade do terceiro interventor, a forma de atuação deste último se dará por intermédio da *assistência litisconsorcial*.⁶⁶⁵ Em outras palavras, será essa a modalidade de assistência se o resultado da demanda impactar *diretamente* na esfera jurídica do assistente, a ponto de se identificar que igualmente ele poderia, em litisconsórcio ou autonomamente, ser autor ou réu (ex. credores ou devedores solidários ausentes no processo). É verificável de maneira clara que, a exemplo do assistido, também o assistente litisconsorcial tem *relação jurídica com a parte contrária* e o direito discutido *também lhe pertence*. O mesmo, entretanto, não ocorre com a *assistência simples*, haja vista que os impactos da decisão na

⁶⁶² FUX, Luiz. *Intervenção de terceiros* (aspectos do instituto). São Paulo: Saraiva, 1990. p.8.

⁶⁶³ FUX, Luiz. *Intervenção de terceiros* (aspectos do instituto). São Paulo: Saraiva, 1990. p.9.

⁶⁶⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Intervenção Litisconsorcial Voluntária*. In: *Direito Processual Civil* (Ensaio e Pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p.25.

⁶⁶⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 138.

esfera jurídica do interventor são *reflexos*, tendo em consideração que a relação jurídica de direito material discutida não lhe pertence.⁶⁶⁶ Tampouco existe relação jurídica entre assistente simples e a parte contrária, visto que é exclusivamente com o assistido com quem o primeiro se relaciona (ex. sublocatário a quem interessa a vitória do locatário em demanda contra o locador acerca da extinção do contrato de locação).

Ao retomar o rumo central das discussões, tem-se que a admissão da assistência no *writ* oscilou entre extremos na jurisprudência e na doutrina, sempre girando ao redor de dois pontos principais: (i) a permissão legal a essa intervenção de terceiros e (ii) sua suposta incompatibilidade com o rito desse processo de procedimento especial.

O art. 16 da Lei n. 191/1936 estampava em seu texto que a intervenção de terceiros, como a assistência, era permitida em mandado de segurança. A clareza da norma ainda comportava interpretações em contrário. Aponta Themistocles Brandão Cavalcanti que, no mandado de segurança n. 117, que tramitou no Supremo Tribunal Federal, o voto do Ministro Costa Manso, em acórdão datado de 2 de setembro de 1935, solidificou o entendimento na Corte acerca da possibilidade da intervenção do terceiro pela via da assistência.⁶⁶⁷ Ponderou o autor que “a existência dessa relação entre o ato impugnado e a situação jurídica do impetrante ou de terceiro que pretenda intervir no feito, é que constitui, em sua essência, o fundamento dessa intervenção”.⁶⁶⁸ Tal solidez de entendimento, entretanto, passaria a ruir com o passar do tempo e as alterações legislativas.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1939, o *mandamus* nele foi disciplinado como procedimento especial, não existindo em seu bojo norma expressa acerca da intervenção de terceiros, o que se repetiu na Lei 1.533/1951.

Com o advento da Lei n.º 6.071/1974, o art. 19 da Lei 1.533/1951 passou a ter a seguinte redação: “aplicam-se ao processo do mandado de segurança os artigos do Código de Processo Civil que regulam o *litisconsórcio*”. A nova disposição legal propiciou dois olhares diametralmente opostos da doutrina acerca da assistência: um ampliativo e outro

⁶⁶⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p.107.

⁶⁶⁷ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do mandado de segurança*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. p. 198.

⁶⁶⁸ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do mandado de segurança*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. p. 200.

restritivo. A corrente ampliativa se sustentava na ausência de vedação expressa da lei à intervenção do terceiro pela assistência e pelo fato de que o instituto tinha sua morada no capítulo do litisconsórcio. Desse modo, como a legislação fazia menção à regulação do litisconsórcio, a seu encaixe também viria a assistência, geograficamente postadas no mesmo capítulo do CPC.⁶⁶⁹ A corrente restritiva, a seu turno, interpretou gramaticalmente o teor da norma para afirmar que a menção exclusiva ao litisconsórcio afastaria a assistência, o que teria razão de ser pela “sumariedade que domina o processo de mandado de segurança”.⁶⁷⁰

Sob a vigência da Lei 1.533/1951, a jurisprudência dos tribunais superiores adotou majoritariamente a corrente restritiva,⁶⁷¹ muito embora existissem salutar dissidências.⁶⁷²

⁶⁶⁹ Pela possibilidade da assistência em mandado de segurança (antes da entrada em vigor da Lei 12.016/09): BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 205-207. BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança individual*. São Paulo: Saraiva, 1989. p.86. FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.132. A obra de Hely Lopes Meirelles é normalmente citada como exemplo entre os autores que admitem a assistência em mandado de segurança. No entanto, com o advento da Lei 12.016/09, houve mudança de posicionamento para rechaçar tal hipótese. Vide: MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. pp. 76-80.

⁶⁷⁰ Na mesma página de onde retiramos o trecho transcrito, o próprio autor admite a possibilidade de haver no mandado de segurança a assistência litisconsorcial, mas não a assistência simples. (SIDOU, J.M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data e ação popular* – as garantias ativas dos direitos coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.163).

⁶⁷¹ Nesse sentido: “PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ASSISTÊNCIA. 1. A assistência não cabe em mandado de segurança, por: a) o art. 19, da Lei 1533, referir-se, exclusivamente, à admissão de litisconsórcio; b) o CPC, em face das dicções dos arts. 19 e 20, da Lei 1533, não é supletivo da lei que regula o procedimento do mandado de segurança; c) a lei prevê procedimento específico para o mandado de segurança, não cabendo ao intérprete ampliá-lo; d) a admissão de assistência em mandado de segurança cria obstáculo para a consecução da celeridade imposta para o seu curso. 2. Precedentes jurisprudenciais pela não admissão: RTJ 123/722/ STF-RT 626/242; RDA 170/132; RSTJ 85/364; STJ RT 732/186; TFR – MAS 106.842, DJU 19.12.85, AI 90.01.11636-1, DJU 24.9.90, P. 22.063, TRF – 1ª R; REO EM MS 8.851, DJU 12.9.95, P. 59.865 TRF 2ª R, AI 94.04. 10.202.4, DJU 29.6.94, TRF – 4ª R; AI 44.240, DJU 19.11.82, p. 16.182, TFR; AI 90.01.024378, DJU 1.10.90, P. 22.817, TRF, 1ª Reg. 3. Posição contrária de Sérgio Ferraz, Alfredo Buzaid e Hely Lopes, além dos precedentes seguintes: AI 43.009, DJU 14.10.82, P. 10361, TFR; MS 90.01.03405-5, P. 22.060, TRF, 1ª Região; AI 89.01.22703-7, DJU 12.2.90, P. 1726, TRF, 1ª Região; RE 78.620, RTJ 72/220; REsp 39.937-8, DJU 5.6.95, P. 16.635, STJ. 4. Apanhado jurisprudencial da obra de Theotônio Negrão (Código de Processo Civil. 31ª edição) e de Sérgio Ferraz (Mandado de Segurança – aspectos polêmicos). 5. Agravo regimental improvido.” STJ, AgRg no MS 5690 / DF, Rel. Min. José Delgado, Primeira Seção, DJ 24/09/2001 p. 232. Ainda nesse mesmo sentido: STF, SS 3.273 AgRg/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 20.6.2008; STF, MS 24.414/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 22.11.2003; STJ, AgRg na Pet 4.337/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 12.6.2006. AgRg no MS 7307 / DF, Min. Milton Luiz Pereira, 1ª Seção, DJ 25.3.2002 p. 163.

⁶⁷² “PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – PEDIDO DE ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL EM GRAU DE RECURSO: ADMISSIBILIDADE. 1. O litisconsórcio e a assistência são institutos com características e objetivos diversos. 2. Na assistência litisconsorcial, tema do recurso, existe uma pretensão do assistente sobre o objeto material do processo e assemelha-se a uma “espécie de litisconsórcio facultativo ulterior, ou seja, o assistente litisconsorcial é todo aquele que, desde o início do processo, poderia ter sido litisconsorte facultativo-unitário da parte assistida” (CPC Comentado por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, 8ª ed., RT. p. 487, nota de rodapé n. 1, comentários ao art. 54 do CPC). 3. A assistência, simples ou litisconsorcial, tem cabimento em qualquer procedimento ou grau de

Com a entrada em vigor da Lei 12.016/2009, o embate doutrinário acerca da possibilidade da assistência em mandado de segurança voltou à tona revigorado. Isso porque o art. 24 (da supracitada Lei) passou a mencionar expressamente que os arts. 46 a 49 do CPC, que versam sobre o litisconsórcio, se aplicam ao mandado de segurança. Autores que eram clássicos defensores do uso mais amplo da assistência passaram a defender a tese contrária, pois se convenceram de que o objetivo do novo regramento era o de consagrar a jurisprudência majoritária e fechar as portas para o instituto.⁶⁷³ Por outro lado, há que se destacar que justamente em razão dessa referência ao litisconsórcio existe posição que entende pelo descabimento da assistência simples, mas pelo cabimento da assistência litisconsorcial, por compreender que este instituto tem íntima identidade com aquele – apontado como verdadeiro litisconsórcio ativo ulterior –, variando apenas no tempo em que o co-titular da relação jurídica de direito material ingressa no feito.⁶⁷⁴ Para essa corrente, a sumariedade do rito também seria tão somente obstáculo à admissão da assistência simples.

A posição com a qual concordamos é a de que a assistência (tanto a simples quanto a litisconsorcial) é admissível em mandado de segurança.⁶⁷⁵

Acreditamos que ao rebater o argumento da incompatibilidade da assistência com esse processo de rito especial cai por terra a posição que admite a assistência litisconsorcial, mas não a simples. Isso porque se o pretense assistente litisconsorcial alegue, mas não comprove, ser titular da mesma relação jurídica que o assistido tem com a

jurisdição, inexistindo óbice a que se admita o ingresso do assistente em mandado de segurança, ainda que depois de transcorrido o prazo decadencial do writ. 4. Dissídio não configurado. 5. Recurso especial conhecido em parte e improvido.” STJ, REsp 616485 / DF, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 22.5.2006 p. 180.

⁶⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. pp. 76-80.

⁶⁷⁴ Pela admissão da assistência litisconsorcial, mas não da simples: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012. pp. 525-526. PACHECO, José da Silva. *Mandado de Segurança e outras ações constitucionais típicas*. São Paulo: RT, 2012. p.229. ALMEIDA, Gregório Assagra de; CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. *Mandado de Segurança: Introdução e comentários à Lei n. 12.016, de 7.8.2009 (artigo por artigo), com indicação do PLS n. 222/2010*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 103. REMÉDIO, José Antonio. *Mandado de segurança individual e coletivo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 426-430.

⁶⁷⁵ Pela admissão da assistência (litisconsorcial e simples): FERRARESI, Eurico. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.132. BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do Mandado de Segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.188-190. FUX, Luiz. Artigo 24. In MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org.). *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: RT, 2010. p.357.

parte contrária, ficando caracterizada a sua estranheza à tal relação, o trâmite do processo será perturbado inutilmente. Entendemos ser incoerente a instauração do incidente para o falso assistente litisconsorcial e não para o legítimo assistente simples, titular de relação jurídica dependente e conexa com aquela discutida no *mandamus*. Não necessariamente os efeitos diretos da decisão desfavorável serão mais danosos que os efeitos reflexos que recairão sobre o terceiro, a ponto de permitir ao primeiro a participação no processo, mas não ao segundo. A nosso ver, melhor é permitir que o assistente de qualquer natureza dê sua contribuição para evitar as consequências do *decisum* danoso.

Quanto à posição que nega a possibilidade de qualquer assistência em mandado de segurança, também a temos como inadequada. Aqui, por outro lado, é o argumento oriundo de uma interpretação sistemática que terá maior valia para sustentar nosso pensamento.

É lugar comum afirmar que o CPC é norma subsidiária aplicável ao mandado de segurança *individual*, no que for cabível. Se o todo se aplica, com muito mais razão a parte. Não era necessário, portanto, dizer que as regras relacionadas ao litisconsórcio se aplicavam ao *mandamus*. Bastava ao legislador ficar em silêncio, como o fez com a assistência, que o instituto estaria admitido. No entanto, a lamentável redundância em torno do litisconsórcio gerou interpretações excludentes acerca da mencionada intervenção de terceiros. O legislador não excluiu a assistência, pois, se o fizesse, o teria feito textualmente, como ocorreu com as vedações à condenação em honorários advocatícios e à interposição de embargos infringentes (art. 25 da Lei 12.016/2009).

Não obstante nosso pensamento receptivo à assistência, é preciso admitir que a edição da lei 12.016/2009 em nada alterou a jurisprudência dos tribunais superiores, visto que foi seguida a tendência anterior de vedação ao emprego do instituto no mandado de segurança.⁶⁷⁶

Fica claro que as formas de intervenção de terceiros no remédio heroico são muito restritas, mas, quando há pronunciamento jurisdicional capaz de prejudicar outrem, que não as partes, a jurisprudência tem aceito duas formas de atuação: recurso de terceiro

⁶⁷⁶ STJ, AgRg no Resp 1.071.151/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 3.4.2012; STJ, EREsp 278.993/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 30.6.2010; STJ, AgRg no AREsp 152585 / ES, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 3ª Turma, DJe 16.9.2013; STJ, AgRg no MS 15484 / DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, DJe 1.2.2013.

prejudicado⁶⁷⁷ e impetração de mandado de segurança por terceiro.⁶⁷⁸ Quanto a esta última hipótese (impetração de novo mandado de segurança) não vislumbramos qualquer óbice diante de tamanho rigor. De outra sorte, no tocante à interposição de recurso por terceiro prejudicado, acreditamos haver uma incoerência. Ora, se o recurso de terceiro prejudicado pode ser interposto por “todo aquele que poderia ter ingressado como terceiro no processo, quer voluntária, quer coactamente”,⁶⁷⁹ não faz sentido garantir àquele que poderia ter sido assistente o direito de recorrer, mas não permitir sua atuação *ad coadjuvandum* no *writ*.

6.6 Terceiros no MS coletivo

O potencial de gerar decisões favoráveis ou prejudiciais a uma coletividade faz com que se redobre o zelo do juiz ao julgar uma ação coletiva. É recomendável a ampliação do contraditório em tais feitos, a fim de colher argumentos diversos dos variados agentes da sociedade civil (por intermédio de seus representantes), para a formação de um juízo de cognição exauriente escorado em posições plurais, o que se justifica pelos impactos de massa que a decisão pode provocar. No mandado de segurança coletivo, por sua vez, há uma limitação em relação a essa abertura do processo: o *writ* obedece a um rito peculiar, abreviado, que não permite dilação probatória. Desse modo, a intervenção de terceiros no remédio heroico coletivo, a exemplo do que ocorre no mandado de segurança individual, deverá se adaptar às limitações do *mandamus*.

Assim como ocorre no mandado de segurança individual, no *writ* coletivo a jurisprudência também tem resistência à admissibilidade da assistência.⁶⁸⁰ Nossa posição,

⁶⁷⁷ Sobre o terceiro prejudicado e o mandado de segurança: “O terceiro prejudicado por decisão judicial tem a faculdade de interpor o recurso cabível, nos termos do art. 499 do Código de Processo Civil, ou de impetrar mandado de segurança, conforme assegura a Constituição da República em seu art. 5º, LXVIX. 2. ‘A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso’ (Súmula 202/STJ). 3. Recurso ordinário provido.” STJ, RMS 26550 / PR, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta turma, DJe 2.8.2012.

⁶⁷⁸ Ainda sobre o terceiro prejudicado e o mandado de segurança: “A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que, ainda que caiba recurso, o terceiro prejudicado pode sempre impetrar Mandado de Segurança. É o que dispõe a Súmula 202 deste Superior Tribunal: ‘A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona a interposição de recurso.’” STJ, RMS 20298 / AC, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 31.8.2009.

⁶⁷⁹ FUX, Luiz. *Intervenção de terceiros* (aspectos do instituto). São Paulo: Saraiva, 1990. p.23. No mesmo sentido: BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.207.

⁶⁸⁰ “MANDADO DE SEGURANÇA – ASSISTÊNCIA – IMPROPRIEDADE. Impetrado mandado de segurança coletivo, descabe admitir, como terceiros interessados, os substituídos.” STF, MS 26794 AgR / MS, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, julgado em 23.05.2013.

contudo, permanece a mesma daquela externada no tópico anterior, pelos mesmos fundamentos lá expostos, com o adendo de que é recomendável a abertura do processo coletivo para permitir um contraditório mais robusto e, como consequência, viabilizar uma cognição que perpassasse pela maior parcela possível de argumentos. Todo o cuidado é válido em processo cujos impactos da decisão, com força de coisa julgada, podem transcender as partes.

Ao evoluir no estudo do tema, temos que a assistência no mandado de segurança coletivo pode levar à intervenção de duas qualidades de terceiros: (i) os co-legitimados e (ii) os substituídos.⁶⁸¹

Até o despacho da petição inicial pode o co-legitimado ingressar no mandado de segurança coletivo como litisconsorte (art. 10, §2º da Lei 12.016/2009).⁶⁸² Não parece ter havido preocupação do legislador quanto ao dogma do litisconsórcio ulterior e a violação do princípio do juiz natural. O texto normativo é claro em admitir o ingresso do litisconsorte, após a distribuição do mandado de segurança, mas antes do despacho da inicial. A norma também é expressa ao proibir ulterior entrada de outrem no processo após o marco temporal lá fixado. Se assim foi permitido, pensamos que o co-legitimado que intervém autonomamente como litisconsorte do impetrante pode postular, ampliando objetivamente a demanda, desde que o pedido seja conexo e que seja respeitado o prazo decadencial de 120 dias entre o ato coator e o despacho da inicial.⁶⁸³ Não fosse assim, bastaria ao co-legitimado impetrar novo mandado de segurança coletivo, conexo ao primeiro, para que os processos fossem reunidos e julgados simultaneamente.⁶⁸⁴

⁶⁸¹ DIDIER, Fredie. Assistência, recurso de terceiro e denunciação da lide em causas coletivas. In DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004. p. 415.

⁶⁸² Sobre o assunto “intervenção litisconsorcial voluntária” vide: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Intervenção Litisconsorcial Voluntária. In: *Direito Processual Civil* (Ensaios e Pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁶⁸³ Posição semelhante acerca da possibilidade de ampliação do pedido pelo litisconsorte ulterior, *nas ações coletivas em geral*, é adotada por: DIDIER, Fredie. Assistência, recurso de terceiro e denunciação da lide em causas coletivas. In DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004. p.428. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp.253-254. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 367-368.

⁶⁸⁴ Conjectura extraída de MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 368.

Despachada a inicial, restaria então ao co-legitimado requerer sua intervenção como assistente litisconsorcial. Afinal, não obstante o direito discutido no processo não necessariamente ser seu, o co-legitimado assistente é substituto processual (assim como o assistido) e também poderia ter impetrado o mandado de segurança coletivo. Seguindo esse raciocínio, parece-nos inafastável, entretanto, a necessidade de também o assistente ter que comprovar sua representatividade adequada como forma de justificar o interesse jurídico de intervir *ad coadjuvandum*. Caso contrário, será grande o risco da intervenção constituir mera turbção do processo.

Conforme destacamos, é até recomendável essa intervenção de terceiros em processo coletivo para democratizar o debate e impor ao juiz um maior campo de análise argumentativa. Para além disso, esse assistente litisconsorcial poderá garantir, qualitativamente, a representatividade adequada do assistido, suprimindo suas eventuais deficiências e omissões.

No tocante à intervenção do indivíduo na ação coletiva mandamental, na condição de assistente, a questão é um tanto mais complexa. Antes, porém, de tecer algumas considerações sobre o tema, alguns pontos precisam ficar claros, pois o indivíduo: (i) não é legitimado para a propositura do mandado de segurança coletivo; (ii) não tem, *a priori*, representatividade adequada; (iii) poderá não ter relação com o assistido. Todos esses pontos desaconselhariam, a princípio, a intervenção individual do assistente no mandado de segurança coletivo.⁶⁸⁵

Estabelecidos esses pontos, há doutrina favorável à intervenção do indivíduo em qualquer mandado de segurança coletivo, independente do direito nele tutelado.⁶⁸⁶ No entanto, há autores que defendem a intervenção apenas para o mandado de segurança

⁶⁸⁵ Ressalvamos que o autor não menciona a representatividade adequada, mas “interesse de agir” para justificar sua posição contrária ao ingresso de particulares nas ações coletivas. Vale lembrar que o autor elabora outra consideração interessante: a intervenção dos particulares seria a antítese do escopo de economia processual previsto para a tutela coletiva. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. pp.132-133.

⁶⁸⁶ “Sendo assim, a legitimação da entidade não elimina a legitimação ordinária do interessado (membro ou associado) substituído. Nesses termos, a presença deles, no feito, não pode ser repelida”. (CALMON DE PASSOS. *Mandado de Segurança Coletivo, mandado de injunção, “habeas data”*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 82).

coletivo para tutela dos direitos individuais homogêneos, com base na intervenção litisconsorcial prevista no art. 94 do CDC.⁶⁸⁷

Embora entendamos que o art. 94 do CDC devesse seguir a redação do art. 21 do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América⁶⁸⁸ – para prestigiar a assistência (e não o litisconsórcio) e vedar a discussão das pretensões individuais no processo coletivo –, em nossa visão, a norma que rege o *writ* autoriza o indivíduo, até o despacho da inicial,⁶⁸⁹ a intervir como litisconsorte ativo no mandado de segurança coletivo sobre direitos individuais homogêneos.⁶⁹⁰ Isso, contudo, sem ampliação objetiva da demanda, afinal, não teria o indivíduo legitimidade (e possivelmente tampouco teria representatividade adequada) para tanto. Ultrapassado aquele marco temporal, o indivíduo intervirá como assistente litisconsorcial. Será essa a forma de intervenção porque o direito discutido é do particular e também porque a norma do art. 94 do CDC menciona expressamente o litisconsórcio, não obstante pareça que tal dispositivo queria mesmo era tratar de assistência. Em havendo pedidos multitudinários de assistência, solução equivalente àquela prevista para o litisconsórcio (art. 46, p. ún do CPC) deve ser empregada para permitir que o juiz limite o ingresso de terceiros interventores indesejados e excedentes.

Nos mandados de segurança sobre direitos coletivos em sentido estrito e direitos difusos não cabe intervenção do indivíduo como assistente.⁶⁹¹ É bem verdade que não há vedação legal para tanto e que o interesse de intervir poderia decorrer do art. 103, §3º do CDC, que permite o transporte *in utilibus* da coisa julgada lá formada em proveito das vítimas e seus sucessores, mas dificilmente teria o assistente individual representatividade adequada. Conforme expressado, entendemos que esse último requisito se estende também

⁶⁸⁷ DIDIER, Fredie. Assistência, recurso de terceiro e denunciação da lide em causas coletivas. In DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004. p.416-417 (nota de rodapé n. 9).

⁶⁸⁸ “Art. 21. Citação e notificações - Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e a publicação de edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como assistentes ou coadjuvantes. (...) Par. 3º - Os intervenientes não poderão discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento.”

⁶⁸⁹ Art. 10, §2º da Lei 12.016/2009.

⁶⁹⁰ VENTURI, Elton. Sobre a intervenção nas ações coletivas. In DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004.p.263-270.

⁶⁹¹ Em sentido oposto ao nosso: VENTURI, Elton. Sobre a intervenção nas ações coletivas. In DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004. p.256-262.

ao pretense assistente, sujeito a quem se impõe a qualidade da intervenção para a adequada tutela de direitos essencialmente coletivos. Caso tenha, entendemos ser cabível sua atuação como *amicus curiae*, haja vista a contribuição a ser prestada à Corte.⁶⁹²

Aproveitando o ensejo, o Supremo Tribunal Federal costuma indeferir pedidos de intervenção do *amicus curiae* em mandado de segurança.⁶⁹³ No entanto, colhemos dois precedentes,⁶⁹⁴ ambos em recursos originados em mandados de segurança individual, nos quais essa intervenção foi admitida. Em um desses julgados, essa chancela ao ingresso do terceiro se operou por “tratar-se de *writ* que envolve a defesa de direitos vinculados a cláusulas péticas, cuja controvérsia transcende os limites subjetivos do processo [...]. Além disso, destaquei inexistir óbice legal para tanto”.⁶⁹⁵

Chamando novamente atenção para o fato das linhas acima se encontrarem cravadas em mandado de segurança individual, o potencial impacto das decisões proferidas em ações coletivas, como o *mandamus* coletivo, justificam o emprego da ferramenta para democratizar o processo. Os argumentos da decisão do Ministro Gilmar Mendes podem ser tranquilamente transportados para fundamentar o ingresso do *amicus curiae* em mandados de segurança coletivo que tutelem direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. A questão da celeridade do rito processual pode ceder um pouco o espaço para que seja proferida uma decisão acertada, que contemple os mais variados argumentos que os diversos representantes da sociedade apresentem à Corte. Vindo esse terceiro a esclarecer “questão de fato ou de direito já posta no mandado de segurança e que não enseje qualquer dilação probatória, não há por que negar, como base nesse fundamento ao menos, a intervenção”.⁶⁹⁶

⁶⁹² Pela possibilidade da atuação do *amicus curiae* em mandado de segurança: FUX, Luiz. Artigo 24. In MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org.). *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: RT, 2010. p.357. CARNEIRO, Athos Gusmão. Mandado de Segurança: Assistência e Amicus Curiae. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 112. p. 213-219, out.-dez. 2003. BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. pp.603-606.

⁶⁹³ STF, MS 26552 AgR-AgR / DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgado em 22.11.2007; STF, MS 26553 AgR-AgR / DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgado em 22.11.2007; STF, MS 28375 / DF, Min. Rosa Weber, Pleno, julgado em 04.12.2013.

⁶⁹⁴ RMS 25.841, Relator Min. Gilmar Mendes; Relator para o acórdão Min. Marco Aurélio, Pleno, Dje 20.5.2013 (decisão que admitiu o *amicus curiae* publicada em 7.2.2011); STF, MS 32033 / DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. para o acórdão Min. Teori Zavascki, Pleno, julgado em 20.6.2013.

⁶⁹⁵ STF, MS 32033 / DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. para o acórdão Min. Teori Zavascki, Pleno, julgado em 20.6.2013.

⁶⁹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.605.

Feitas essas considerações, concluímos que será *amicus curiae*, em mandado de segurança, individual ou coletivo, o terceiro que, sem demandar dilação probatória em sua intervenção, demonstrar interesses institucionais, “assim entendidos aqueles interesses coletivos que afetarão necessariamente não-participantes do processo, por estarem, suas próprias situações jurídicas, regidas direta ou indiretamente pelo que vier a ser decidido pelo Poder Judiciário”.⁶⁹⁷

6.7 Desistência e/ou abandono: é possível que o MP e/ou os demais legitimados assumam o polo ativo do MS coletivo?

O exemplo da desistência foi trazido à baila ao diferenciarmos o *writ* individual do coletivo, momento em que reafirmamos que este último é um processo distinto do primeiro por estar inserido no contexto do processo coletivo. A ilustração não foi trazida de maneira aleatória. Isso porque o Supremo Tribunal Federal referendou posicionamento jurisprudencial, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida,⁶⁹⁸ para consagrar que “é lícito ao impetrante desistir da ação de mandado de segurança, independentemente de aquiescência da autoridade apontada como coatora ou da entidade estatal interessada ou, ainda, quando for o caso, dos litisconsortes passivos”.⁶⁹⁹

São dois os principais motivos que justificam a desistência do mandado de segurança: (i) o convencimento do impetrante acerca da ausência de mácula do ato impugnado ou (ii) a sua conveniência (sem necessidade de declaração do motivo).⁷⁰⁰ Esses argumentos têm pouca relevância se sujeitados ao regime jurídico imposto pelo processo coletivo, tendo em vista que deve prevalecer o interesse da coletividade (não o interesse próprio, individual do substituto processual).

Fossem processos de natureza idêntica, seria o caso de aplicação do pacificado entendimento da Corte Suprema também para os mandados de segurança coletivos. Contudo, conforme repisadamente destacado, o *writ* coletivo tem origem distinta e seu regime jurídico é outro. Essa liberdade atribuída ao impetrante individual, senhor absoluto

⁶⁹⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança*. 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2009. p.207.

⁶⁹⁸ STF, Rext 669367, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. para o acórdão Min. Rosa Weber, DJe 10.5.2013.

⁶⁹⁹ STF, RE 521359 ED-AgR / DF, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 22.10.2013.

⁷⁰⁰ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. pp. 140-141.

da demanda mandamental, mesmo nos casos que já se encontram na Corte Suprema, não pode perseverar no mandado de segurança coletivo. Se a relação jurídica de direito material subjacente à demanda sequer é do substituto processual, por qual razão deveria ele determinar, sozinho, se o direito de toda uma coletividade merecerá um pronunciamento definitivo sobre o mérito? A nosso ver, não há espaço para a desistência invalidamente fundamentada (e não apenas a desistência infundada)⁷⁰¹ do mandado de segurança coletivo, vedação essa que deveria ser estendida aos casos de abandono da causa. Em verdade, a desistência e o abandono são até admissíveis, mas é preciso facultar aos demais legitimados a possibilidade de prosseguir com o *mandamus*, a exemplo do que ocorre com a ação civil pública.

Todo o arcabouço normativo que cerca a tutela coletiva é voltado para evitar que o substituto processual se apodere da ação coletiva como se seu fosse o direito discutido. Existem diversas normas que ou determinam ou facultam a continuação da demanda coletiva por outro legitimado em caso de desistência infundada ou abandono da causa.⁷⁰² Não seria lógico, portanto, deixar ao alvedrio do impetrante de mandado de segurança coletivo a possibilidade de desistir do *writ*, sem que nenhuma consequência jurídica desse ato resultasse. Caso o legitimado não optasse pelo *mandamus*, mas pela “ação civil pública”, a desistência ou abandono fariam com que o juiz viabilizasse que os demais legitimados assumissem o posto deixado pelo impetrante que se exclui, pois é essa a disposição encontrada no art. 5º, § 3º da lei 7.347/1985.

Tendo em vista essa lacuna normativa sobre os casos de desistência/abandono em mandado de segurança coletivo – haja vista que a Lei 12.016/2009 disso não tratou –, temos que é preciso empregar, por analogia e por invocação do microsistema de tutela coletiva, o art. art. 5º, § 3º da lei 7.347/1985.

⁷⁰¹ Elpidio Donizetti e Hugo Nigro Mazzilli fazem menção apenas à desistência infundada. Cremos ser necessário incluir nesse rol também a desistência invalidamente fundamentada, tendo em vista ser esta igualmente prejudicial à coletividade. (Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 418. DONIZETTI, Elpidio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010. pp.321-323).

⁷⁰² Art. 5º, § 3º da lei 7.347 de 24 de julho de 1985, art. 9º da lei 4.717, de 29 de junho de 1965, art. 81, §2º da lei 10.741 de 1º de outubro de 2003; art. 210, §2º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

Dois trechos do texto normativo ora invocado podem dar margem a dúvidas: (i) a menção exclusiva à desistência da associação e (ii) o imperativo do verbo “assumir”, que pode passar a noção de que a assunção da causa pelo co-legitimado é obrigatória.

No que concerne ao primeiro ponto, a norma não pode ser interpretada em sua literalidade. A desistência ou abandono do *mandamus*, seja pela associação ou *por qualquer outro legitimado*,⁷⁰³ provocará a oportunidade para que outro co-legitimado assuma o polo ativo do *writ*. Aliás, não é qualquer co-legitimado que poderá assumir a demanda, mas aquele que reunir todos os requisitos para tanto, principalmente no tocante à representatividade adequada. Não haveria sentido em permitir que tomasse o polo ativo aquele que sequer poderia ter impetrado o *writ*.

Quanto ao segundo ponto, o impetrante do *writ* coletivo que desiste ou abandona o feito *poderá* dar lugar a outro legitimado. Trata-se de uma *faculdade*, ou seja, não há obrigação no prosseguimento do *mandamus coletivo*.⁷⁰⁴ Sob a ótica dos co-legitimados, o remédio constitucional coletivo pode parecer manifestamente improcedente, mal instruído, não reunir qualquer chance de êxito ou pode ter sido impetrado com interesses escusos (como os meramente políticos), de sorte que não seria razoável impor a eles o dever de prosseguir com uma demanda fadada ao insucesso ou que tergiverse da adequada tutela dos direitos coletivos (em sentido amplo).⁷⁰⁵

Por fim, caso nenhum dos co-legitimados assuma o *writ* coletivo nos casos de desistência ou abandono, aí sim terá aplicação o precedente do Supremo Tribunal Federal (STF, Rext 669367). Nesse sentido, pouco importará o momento ou a manifestação das partes contrárias: o julgamento sem resolução do mérito será imperioso. Há aqui clara distinção entre o *mandamus* coletivo e as demais ações coletivas, pois nestas o momento e

⁷⁰³ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 375. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 2012. p. 418.

⁷⁰⁴ Sobre o fato de que é dada uma faculdade ao legitimado: SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional: doutrina e processo*. São Paulo: RT, 1968. pp.202-203. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 376-379. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 416. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 12. ed. São Paulo: RT, 2011. p.140.

⁷⁰⁵ Os exemplos citados no parágrafo foram retirados das seguintes obras: LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 376. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 12. ed. São Paulo: RT, 2011. pp.140-141.

a manifestação das partes são variáveis a serem observadas para que a desistência e o abandono da demanda operem seus efeitos legais.

7. CONCLUSÃO

Ao longo desta dissertação, nosso objetivo foi jogar luz naquilo que distingue o mandado de segurança coletivo do individual. Desse modo, foram ressaltadas as peculiaridades do *writ* coletivo naquilo que esse verdadeiro instrumento a serviço de tutela coletiva tem de peculiar. Assim, de tudo o que fora construído no transcorrer do presente trabalho, pudemos concluir o seguinte:

1. É inquestionável a semelhança entre o mandado de segurança individual e coletivo, destacando-se que ambos os institutos lidam igualmente com o “direito líquido e certo”. Este último conceito pertence à seara processual e vale tanto para o mandado de segurança individual quanto para o coletivo. Trata-se de condição da ação, na modalidade interesse-adequação, e significa o fato provado de imediato por prova documental pré-constituída que implicar, pelas asserções do impetrante, ameaça ou violação a direito individual ou coletivo.

2. Embora existam semelhanças, estas não são suficientes para se afirmar que mandado de segurança coletivo é “o mesmo mandado de segurança, adornado com um adjetivo”.⁷⁰⁶ Os institutos foram criados com diferentes propósitos, em momentos históricos diversos e regem-se por regras e princípios distintos. O mandado de segurança coletivo se insere no ordenamento como um processo coletivo (ou seja, no âmbito do conjunto de normas e princípios do processo coletivo), voltado à tutela jurisdicional de direitos que transcendem à esfera unicamente individual.

3. A Lei 12.016/2009, primeiro diploma legal a disciplinar o mandado de segurança coletivo, previu expressamente a possibilidade de tutela dos direitos individuais homogêneos e coletivos em sentido estrito nos incisos do art. 21, p. ún. Sem perder de vista essa previsão normativa, concluímos que os direitos difusos também são tuteláveis pela via do *mandamus*, muito embora não tenham sido mencionados na referida Lei.

4. Os fundamentos para a tutela dos direitos difusos pelo mandado de segurança coletivo são: (i) impossibilidade de restrição de uma garantia constitucional diante de lesão

⁷⁰⁶ SIDOU, J.M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data e ação popular – as garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.256.

ou ameaça a direito, o que ocorreria apenas se essa vedação fosse expressa; (ii) o silêncio da Lei 12.016/2009 em relação aos direitos difusos não implicou proibição à defesa deles pela via do *writ*; (iii) havendo alegação da violação a direito difuso, acompanhada de prova documental pré-constituída, existirá liquidez e certeza suficientes a autorizar a impetração do *writ* coletivo; (iv) a ausência de titularidade exclusiva dos direitos difusos não implica impossibilidade de o legitimado pleiteá-los em juízo, sob pena de ser esvaziada a tutela processual de tais direitos; (v) indistinção no direito pátrio entre direito e interesse, tendo em vista que o interesse juridicamente tutelado é direito.

5. Verificado que o mandado de segurança coletivo se presta à tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, observamos que a Lei 12.016/2009 não repetiu as restrições realizadas pela Lei 7.347/1995 (art. 1º, p. ún.). Logo, por não haver essa limitação legal e por ser o *writ* coletivo uma garantia constitucional não sujeita a interpretações restritivas, dentre outros fundamentos, é possível a sua impetração inclusive para as matérias vedadas pela Lei 7.347 – a saber: “tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.

6. Podem impetrar mandado de segurança quaisquer legitimados para as demandas coletivas, pois não é taxativo o rol de legitimados previstos no art. 5º, inc. LXX da CF/88, repetido no art. 21 da Lei 12.016/2009, cumprindo lembrar que se trata de legitimidade extraordinária (por substituição processual), concorrente e disjuntiva.

7. Para a impetração do *mandamus* coletivo são dispensáveis a lista de substituídos e a necessidade de autorização dos membros do grupo, categoria ou classe. Nesse sentido, a propósito, é o verbete 629 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. O art. 21, caput, da Lei 12.016/2009, em sua parte final, também tornou despicienda a autorização dos associados e sua respectiva lista. Logo, não se aplica ao *mandamus* o art. 2º-A, da Lei 9.494/1997. Também é possível a impetração de mandado de segurança coletivo para parte do grupo, categoria ou classe, o que é extraído do art. 21, caput, da Lei 12.016/2009, e do enunciado 630 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

8. A representatividade adequada – que, no mandado de segurança coletivo geralmente se apresenta como “pertinência temática” – serve de complemento à

legitimidade nas demandas coletivas. No Brasil, o instituto é aplicado de maneira tímida se comparado ao direito norte-americano. Esse fato, é bom consignar já neste ponto, é um dos fatores pelos quais ainda não concluímos ser o momento para que a *res judicata* coletiva seja incondicionalmente *pro et contra*, afinal, principalmente pelo aspecto qualitativo, é possível colocar em xeque a defesa exercida pelo legitimado, o que justifica os temperamentos existentes nas coisas julgadas *secundum eventum litis* e *secundum eventum litis vel probationis*.

9. A legitimação *ope legis* não confere ao legitimado representatividade adequada. Em outras palavras, todos os legitimados para o mandado de segurança coletivo deverão se sujeitar ao exame *ope judicis* e *in concreto* desta representatividade – o que inclui os legitimados vinculados ao Poder Público. Nada garante que os legitimados (órgãos públicos e entes privados) tenham a expertise técnica, o lastro econômico e até mesmo o conhecimento jurídico para a adequada defesa, em juízo, dos interesses da coletividade.

10. Sobre questões específicas acerca de alguns legitimados, concluímos que o Ministério Público e a Defensoria Pública podem impetrar mandado de segurança coletivo. O fundamento de validade para a legitimidade de ambos é o mesmo: o diálogo das fontes e o microsistema de tutela coletiva, o que permite a interação da Lei 12.016/2009 com as demais leis sobre processo coletivo.

11. Para o partido político, a representatividade adequada (pertinência temática) levará em consideração o critério da “finalidade partidária” (art. 21, caput, da Lei 12.016/2009). Essa expressão deverá ser interpretada de maneira ampla sendo analisada à luz do estatuto e da lei (art. 17 da CF/88 e art. 1º da Lei 9.096/1995). Em outras palavras, isso significará que o *writ* coletivo deverá estar alinhado com (i) as finalidades previstas no estatuto do partido; (ii) com a defesa do “interesse do regime democrático”; com a (iii) “autenticidade do sistema representativo”; ou com (iv) os “direitos fundamentais”. Ademais, a agremiação partidária estará legitimada para a tutela de direitos da coletividade, amplamente considerada, e não apenas dos seus filiados.

12. A única exigência prevista em âmbito constitucional para que o partido político impetre o *writ* coletivo é a representação no Congresso Nacional. Desse modo, não poderão impetrar mandado de segurança coletivo as agremiações partidárias com

representação exclusiva nas Assembleias Legislativas e/ou Câmaras de Vereadores. Caso o partido político perca a representação no Congresso Nacional, será o caso de intimar o demais legitimados para manifestar interesse em prosseguir com a demanda coletiva, nos termos do art. 5º, § 3º da Lei 7.347/1985.

13. Será considerado sindicato, para fins do mandado de segurança coletivo, aquele registrado no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas e no Ministério do Trabalho e Emprego. A ausência de registro neste último órgão iguala o pretense sindicato a uma associação comum no que diz respeito aos requisitos formais para sua criação.

14. A impetração do mandado de segurança por associação independe da autorização dos associados, sendo necessários: a compatibilidade formal da defesa do direito coletivo com o estatuto; o funcionamento da associação por ao menos um ano, podendo este último requisito ser dispensado pelo juiz a depender da relevância do direito.

15. O mandado de segurança (individual e coletivo) é instrumento de tutela diferenciada, no qual a cognição plena e exauriente só será exercida de acordo com a suficiência da prova produzida, reflexo da cognição *secundum eventum probationis*. O procedimento não comporta dilação probatória, admite apenas prova documental pré-constituída e é intolerante com controvérsias fáticas (não comportando, por isso, julgamento com base em ônus da prova). Vislumbramos, contudo, uma exceção: existente a dúvida sobre a veracidade da prova, o incidente de falsidade documental deverá ser processado, constituindo assim a única ressalva à dilação probatória no *mandamus*. Caso não fosse admitido o incidente, a alegação de falsidade do documento apenas implicaria ganho automático da causa à pessoa jurídica de direito público e à autoridade coatora.

16. Quaisquer técnicas que retirem do impetrante o ônus da prova são inadmissíveis no *writ*, seja ele individual ou coletivo. Desse modo, estão afastadas do mandado de segurança a distribuição dinâmica ou qualquer inversão do *onus probandi*. É exclusivamente do impetrante o encargo de pré-constituir a prova do fato que constitui lesão ou ameaça do alegado direito, caso contrário, a via do *writ* não será adequada.

17. Quanto à *res judicata*, é preciso ter especial atenção com a expressão “denegar a segurança”, pois este mesmo termo é aplicado para os julgamentos com ou sem resolução

do mérito, dado imprescindível para se discutir a formação de coisa julgada material no *mandamus*.

18. O *caput* do art. 22 da Lei 12.016/2009 adotou a coisa julgada *pro et contra* sem temperamentos, limitada subjetivamente ao que o próprio dispositivo denominou de “membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante”, o que terá o condão de prejudicar terceiros que não participaram do processo. A escolha do legislador se mostrou assistemática e inconstitucional. Desse modo, concluímos pela aplicação, ao mandado de segurança coletivo, do regime da coisa julgada previsto no art. 103 do CDC.

19. De acordo com o resultado da demanda, a coisa julgada no mandado de segurança coletivo será *erga omnes* ou *ultra partes*, não se sujeitando aos limites territoriais impostos pela Lei 9.494/1997 (especialmente o art. 2-A).

20. A imposição de desistência do mandado de segurança individual para aproveitamento da coisa julgada coletiva (art. 22, parágrafo 1º, da Lei 12.016/2009) é inconstitucional por violar o princípio do acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV). Desse modo, pelo diálogo das fontes, aplicável então a solução prevista no microssistema de tutela coletiva: devidamente cientificado nos autos, o autor da demanda individual poderá requerer a suspensão do próprio processo (art. 104, CDC). Concedida a segurança no *mandamus* coletivo, a coisa julgada aproveitará o indivíduo; denegada a segurança, a demanda individual retoma o seu rumo.

21. A litispendência nas demandas coletivas ocorrerá: se a crise de direito for a mesma; se a coletividade titular do direito for idêntica; se, devidamente interpretados, os pedidos e causas de pedir forem os mesmos. Tendo isso em mente, é possível haver litispendência entre dois mandados de segurança coletivos, assim como entre o mandado de segurança coletivo e outra demanda coletiva (inclusive a ação popular, o que leva à superação do Enunciado 101 da Súmula do Supremo Tribunal Federal).

22. De *lege lata*, a extinção do processo é a única medida prevista pelo ordenamento para o caso de litispendência. Contudo, de *lege ferenda*, diante da replicação de processos coletivo, mais apropriado seria se o magistrado pudesse escolher entre a extinção, a suspensão ou a reunião.

23. Deve ser dada oportunidade àqueles que propuseram as demandas individuais de requererem a suspensão dos seus próprios processos na pendência do julgamento do mandado de segurança coletivo. Essas demandas individuais não abrangem apenas *writs* individuais, podendo haver, por exemplo, demandas de rito ordinário com matéria idêntica àquela discutida no mandamus coletivo.

24. No tocante a aspectos procedimentais do mandado de segurança coletivo, temos que o art. 22, §2º da Lei 12.016/2009 é constitucional, pois não impede a concessão de liminares, mas apenas difere, no tempo, o prazo para o deferimento da tutela de urgência, evitando, desse modo, que decisões pautadas em cognição sumária causem prejuízos à Administração Pública. Em casos excepcionais, como o de risco de perecimento do direito, a regra deverá ser flexibilizada, deixando a oitiva da pessoa jurídica de direito público para outro momento.

25. O Ministério Público deverá ser intimado no mandado de segurança coletivo para, na condição de fiscal da lei, lançar seu parecer. Após a intimação, o seu silêncio não maculará o processo com nulidade, tendo em vista a autonomia e independência do órgão para apenas se manifestar quanto às matérias previstas na Constituição e na lei. De qualquer modo, contudo, caso queira opinar, o representante do *parquet* deverá obedecer o prazo de dez dias, previsto no art. 12 da Lei 12.016/2009.

26. A redação do art. 24 da Lei 12.016/2009 viabiliza expressamente a formação de litisconsórcio no *mandamus*, mas, de modo algum, veda a assistência. Tampouco há que se falar em incompatibilidade desta última com o mandado de segurança. Até o “despacho da petição inicial” (art. 10, §2º da Lei 12.016/2009), respeitado o prazo decadencial de cento e vinte dias, o co-legitimado poderá ingressar no mandado de segurança coletivo como litisconsorte. Ultrapassado esse prazo, intervirá como assistente litisconsorcial. Em ambas as hipóteses, o co-legitimado deverá demonstrar representatividade adequada.

27. Até o “despacho da petição inicial” (art. 10, §2º da Lei 12.016/2009), respeitado o prazo decadencial de cento e vinte dias, o indivíduo poderá ingressar no mandado de segurança coletivo para tutela de direitos individuais homogêneos como litisconsorte ativo (art. 10, §2º da Lei 12.016/2009 c/c art. 94 do CDC). Ultrapassado esse prazo, intervirá

como assistente litisconsorcial. Em ambos as hipóteses, contudo, indivíduo não ampliará objetivamente a demanda. Existindo pedidos múltiplos de assistência, a ponto de turbar o regular prosseguimento do feito coletivo, o juiz poderá limitar o ingresso de terceiros interventores (aplicação analógica do art. 46 do CPC).

28. É admissível a intervenção *amicus curiae* em mandado de segurança coletivo.

29. Para o mandado de segurança coletivo, é inaplicável o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal de que o impetrante pode desistir do seu *mandamus* a qualquer tempo e grau de jurisdição. Reproduzir essa tese significaria que o impetrante coletivo seria senhor soberano do direito da coletividade. Cumpre lembrar, que a Lei 12.016/2009 não tratou da desistência ou abandono do *writ* coletivo, de modo que, havendo lacuna a esse respeito, é preciso recorrer ao microssistema de tutela coletiva para aplicar o art. 5º, §3º da Lei 7.347/1985. Nesses casos, concluímos que é preciso oportunizar a outro legitimado a chance de assumir o polo ativo do *mandamus*, como ocorre com outras demandas coletivas.

REFERÊNCIAS

ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*. Milano: Giuffré, 1992.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. *Mandado de Segurança: Introdução e comentários à Lei n. 12.016, de 7.8.2009 (artigo por artigo), com indicação do PLS n. 222/2010*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Considerações reflexivas sobre o mandado de segurança coletivo como tutela diferenciada. In: CIANCI, Mirna Ciani *et al* (coord.). *Tema Atuais das Tutelas Diferenciadas: estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

AMARAL, Paulo Osternack; SILVA, Ricardo Alexandre. Mandado de Segurança Coletivo. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 105, pp. 88-103, 2011.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Saraiva, 1983.

ANAIS da Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-asmbleia-nacional-constituinte>. Acesso em 1 de fevereiro de 2013.

ARAÚJO, Fábio Caldas de; MEDINA, José Miguel Garcia. *Mandado de Segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016/2009, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Mandado de Segurança individual e Coletivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. São Paulo: RT, 2013.

_____. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003.

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

_____. Tutela Jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*, São Paulo, Vol. 65, p. 46, jan-mar. 1992.

AROCA, Juan Montero. *La intervencion adhesiva simple*. Barcelona: Editorial Hispano Europea, 1972.

_____. et al. *Derecho Jurisdiccional*. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blach, 2001. Vol.II

_____. *De la legitimación en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 2007.

ARRUDA ALVIM et al. *Código do consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

ARRUDA ALVIM. *Tratado de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1996. Vol. I.

_____. *Manual de processo civil*. 15. ed. São Paulo: RT, 2012.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. Aspectos do mandado de segurança coletivo à luz da Lei 12.016/09. In: ASSIS, Araken de et al (org.) *Processos coletivos e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; ALVIM, Angélica Arruda. Coisa Julgada no Mandado de Segurança Coletivo e a Lei n. 12.016/2009. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARBI, Celso Agrícola; SOUZA, Bernardo Pimentel (atualiz.). *Do mandado de segurança*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. I: arts. 1 a 153*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 58, Vol. 404, junho de 1969.

_____. Ainda e sempre a coisa julgada. In: *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsói, 1971.

_____. Intervenção Litisconsorcial Voluntária. In: *Direito Processual Civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados ‘interesses difusos’. In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças. In: *Temas de direito processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Sentença executiva? In YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

BAZILONI, Nilton Luiz de Freitas. *A coisa julgada nas ações coletivas*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman; ALMEIDA, Gregorio Assagra. Artigo 22. In MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org.). *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: RT, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman. A legitimidade da Defensoria Pública à ação civil pública. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; VIGORITI, Vincenzo Vigoriti (org.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: RT, 2014.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTR, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. Sentença mandamental. *Revista do Advogado*, Ano XXIV, n.º 78, setembro de 2004.

_____. *Coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Teses, Estudos e pareceres de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2007. Vol. III.

BRASIL JR., Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo. Extensão e limites do direito processual de resultados justos*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

_____. A prova no processo coletivo. Distribuição dinâmica do ônus da prova. In GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (org.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, n. 82, abr-jun, 1996.

_____. *Partes e terceiros no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Amicus Curiae no processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Mandado de Segurança*. 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2009.

_____. *A nova lei do Mandado de Segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUENO VIDIGAL, Luis Eulalio. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965.

BULOS, Uadi Lamêgo. *Mandado de segurança coletivo*. São Paulo: RT, 1996.

BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança individual*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Considerações sobre o mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1992.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre a continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Juspodvim, 2013.

CABIEDES, Pablo Gutiérrez de. Comentario al art. 2º. In GIDI, Antonio; MACGREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos: um diálogo Ibero-Americano*. Salvador: JusPodvim, 2009.

CALMON DE PASSOS. *Mandado de Segurança Coletivo, mandado de injunção, "habeas data"*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 18.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Vol. I.

_____. *Manual do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

_____; HAAS, Adriane. Legitimidade do Ministério Público para impetrar mandado de segurança coletivo. *Revista de processo*, ano 37, vol. 203, jan-2008.

CAMPOS JR., Ephraim de. *Substituição Processual*. São Paulo: RT, 1985.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionali di interessi collettivi. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi*. Padova: Cedam, 1976.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. Mandado de Segurança: Assistência e Amicus Curiae. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 112, p. 213-219, out.-dez. 2003.

_____. Anotações sobre o mandado de segurança coletivo, nos termos da Lei 12.016/2009. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; VIGORITTI, Vincenzo (org.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: RT, 2014.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Santiago Sentis Melendo (trad.). Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America. Vol I.

CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CARPI, Frederico. *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*. Milano: Giuffrè, 1974.

CARVALHO, Acelino Rodrigues. A natureza da legitimidade para agir no sistema único de tutelas coletivas: uma questão paradigmática. In GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (org.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. Art 21. In _____. (coord.). *Mandado de Segurança individual e Coletivo: a Lei nº 12.016/2009 Comentada*. Niterói: Impetus, 2010.

_____. *Ações Coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

CASTRO NUNES. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do mandado de segurança*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. J. Guimarães Menegale (trad.) 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. Vol I e II.

_____. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1980.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n. 809, março de 2003.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COSTA, Susana Henriques da. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de. *As grandes transformações do processo brasileiro*: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2001.

_____. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da Moralidade Administrativa*. São Paulo: QuartierLatin, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Os “writs” na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

_____. *Do mandado de segurança coletivo*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Intervenção anômala: a intervenção de terceiro pelas pessoas jurídicas de direito público prevista no parágrafo único do art. 5º da Lei 9.469/1997. In: DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004.

_____. Anotações sobre o mandado de segurança na Lei 12.016/2009. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva*: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *A fazenda pública em juízo*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de Segurança Coletivo*: legitimação ativa. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Artigo 7º. In: MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org.). *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: RT, 2010.

DENTI, Vittorio. Le azioni a tutela di interessi collettivi. In: *Rivista Di Diritto Processuale*, 1974.

DIDIER JR., Fredie. Natureza jurídica das informações da autoridade coatora no mandado de segurança. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança*: 51 anos. São Paulo: RT, 2002.

_____. Assistência, recurso de terceiro e denunciação da lide em causas coletivas. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodvim, 2007. Vol. I.

_____; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de processo civil: processo coletivo*. 6. ed. Salvador: JusPodvim, 2011. Vol. IV.

_____. ZANETI Jr., Hermes. Coisa julgada no mandado de segurança coletivo (art. 22 da lei n. 12.016/2009). *Processos Coletivos*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 10 out. 2009. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/revista-eletronica/18-volume-1-numero-1-trimestre-01-10-2009-a-31-12-2009/86-coisa-julgada-no-mandado-de-seguranca-coletivo-art-22-da-lei-n-12-016-2009>>. Acesso em: 23-Oct-2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Intervenção de terceiros*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vols. I, II e III, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Litisconsórcio*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. Vol. II. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. A sentença e seus desdobramentos no mandado de segurança. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos*. São Paulo: RT, 2002.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do Mandado de Segurança*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

DONIZETTI, Elpídio. CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría General de la prueba judicial*. Buenos Aires: Victor P. De Zavalía, 1981. Tomo I.

FABRINI, Giovanni. *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*. Milano: Giuffré, 1964.

FAVRETO, Rogerio; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Art. 21. In GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (et al.). *Comentário à Lei do Mandado de Segurança*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

_____. Art. 22. In GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (et al.). *Comentário à Lei do Mandado de Segurança*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

_____. Mandado de segurança coletivo – legitimidade e objeto – considerações pontuais – Lei nº 12.016/09. In: ASSIS, Araken de et al (org.). *Processos coletivos e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FENSTERSEIFER, Tiago. A legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública ambiental. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; VIGORITI, Vincenzo Vigoriti (org.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: RT, 2014.

FERRARESI, Eurico. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FERRAZ, Sergio. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos difusos e coletivos*. São Paulo: RT, 1989.

_____. *Mandado de segurança*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FISCH, Jill E. Class Action reform, QUI TAM, and the role of the plaintiff. *Law and Contemporary Problems*, v. 60, n. 4, 1997.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Representatividade adequada nos processos coletivos*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

FUX, Luiz. *Intervenção de terceiros* (aspectos do instituto). São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Artigo 24. In In MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org.). *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: RT, 2010. pp.344-358.

_____. *A legitimatio ad causam no mandado de segurança*. *Justiça & Cidadania*, Edição n. 165, pp.18-22, maio de 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SILVA, Márcio Henrique Mendes; FERREIRA, Olavo A. Vianna Alves. *Comentários à Nova Lei de Mandado de Segurança*. São Paulo: Método, 2009.

GARBAGNATI, Edoardo. *La sostituzione processuale nel nuovo Codice di Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1942.

GIANINI, Leandro J. La representatividad adecuada en las pretensiones colectivas. *Procesos colectivos*. Eduardo Oteiza (org.). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006.

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

_____. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007.

GOLDSCHIMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Leonardo Prieto Castro (trad.). Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor S.A., 1936.

_____. *Teoría general del proceso*. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor S.A., 1936.

GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. Arts. 101 a 104. In OLIVEIRA, Juarez de (coord.). *Comentário ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Direito processual civil brasileiro*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. Vol. II.

_____. *O novo mandado de segurança: comentários à Lei N. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação, objeto e coisa julgada. *Revista de Processo*, n.58, ano 15, abril-junho de 1990.

_____. Ações civis públicas e ação popular constitucional. Conexão e continência. Modificação e prevenção da competência. Desistência do recurso pelo MP. In: *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. pp.485- 497.

_____. Ações Coletivas. Identidade total ou parcial. Conexão, continência e litispendência. A aparente diversidade no polo ativo. Conflito positivo de competência. Reunião dos processos perante o juízo prevento. In: *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Coisa julgada *erga omnes*, *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationem*. *Revista de Processo*, v.126, agosto de 2005.

_____. Novas tendências em matéria de ações coletivas nos países de *civil law*. *Revista de processo*, n. 157, pp. 147-164, nov. 2008.

_____. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

_____. Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas. In: *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. São Paulo, DPJ Editora, 2009.

_____. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. In: *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

_____. O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada *erga omnes* das ações coletivas. In: *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

_____. O controle judicial de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed.rev. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

_____. Revogação de antecipação de tutela e terceiros (em particular, no âmbito societário). In: *O Processo – II Série: Estudos e Pareceres no Processo Civil*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. A tutela jurisdicional de interesses difusos. In: *Novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. In _____; BENJAMIN, Antonio Herman; VIGORITI, Vincenzo (org.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: RT, 2014.

_____. Legitimação da Defensoria Pública à Ação Civil Pública. In: BENJAMIN, Antonio Herman; VIGORITI, Vincenzo (org.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: RT, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo* (arts.81 a 104 e 109 a 119). 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. II.

GONÇALVES, Benedito. *Mandado de segurança: legitimidade ativa das associações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

LAZARINI, Jose Luis. *El Juicio de Amparo*. Buenos Aires: La Ley, 1967.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – Aspectos Políticos, Econômicos e Jurídicos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006.

_____. Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização da demanda. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Tutela Jurisdicional Diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Corso di diritto processuale civile*. Milano: Giuffré, 1952.

_____. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. Vol. I.

_____. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid. Benvindo Aires - tradução dos textos posteriores à edição de

1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Justicia colectiva*. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Considerações sobre a tutela diferenciada. In CIANCI, Mirna *et al* (coord.). *Temas Atuais das Tutelas Diferenciadas: Estudos em Homenagem ao Professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Aspectos polêmicos da Nova Lei do Mandado de Segurança Lei n. 12.016/09*. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?novo-cpc-2>>. Acesso em 27 de outubro de 2014.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro. Coisa julgada secundum eventum probationis e pedido nas ações coletivas. In: SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Solange Teles da; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (org.). *Processos Coletivos e tutela ambiental*. Santos: Universitária Leopoldianum, 2006.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; *et al*. Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (Conexão, Continência e Litispendência). In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de segurança em matéria tributária*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. Artigo 6.º. In _____; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org.). *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: RT, 2010.

MALLET, Estevão. Nova lei do mandado de segurança: avanço ou retrocesso? *Revista do Advogado*, ano XXX, n.110, dez 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A concomitância entre ações de natureza coletiva. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: teoria das ações coletivas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Ação popular*. 6. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Ação civil pública*. 12. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 7. ed. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. Vol II.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. Vol. II.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: RT, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Ato coator. In FERRAZ, Sérgio (org.) *Mandado de Segurança*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris e Instituto dos Advogados Brasileiros, 1986.

MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Paris: Gallimard, 1951.

MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. Mandado de segurança coletivo. In: *Revista de processo*, ano 15, n. 57, jan-mar de 1990.

_____. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, Lourival Gonçalves de. Interesse processual e mandado de segurança coletivo. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990.

OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. *Substituição processual*. São Paulo: RT, 1971.

PACHECO, José da Silva. *Mandado de Segurança e outras ações constitucionais típicas*. São Paulo: RT, 2012.

PAULA, Adriano Perácio de. Do procedimento do mandado de segurança coletivo. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança*: 51 anos. São Paulo: RT, 2002.

PEYRANO, Jorge W. Que és y que no es una tutela diferenciada en Argentina? *Revista de Derecho Procesal* 2008-2: tutelas procesales diferenciadas 1. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.

_____.; CHIAPPINI, Julio O. Lineamentos de las cargas probatorias ‘dinámicas’. In: *Cargas Probatorias Dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2008.

PISANI, Andrea Proto. *Opposizione di terzo ordinaria*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965.

_____. Dell’esercizio dell’azione. *Commentario del Codice di Procedura Civile*. 1.1, t.2. Torino: Utet, 1973.

_____. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Cacurri, 1982.

PISTILI, Ana de Lourdes Coutinho Silva. *Mandado de Segurança e Coisa Julgada*. São Paulo: Atlas, 2006.

PIZZOL, Patricia Miranda. *A liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.

_____. *Coisa Julgada nas ações coletivas*. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf>. Acesso em: 28 de maio de 2013.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1970.

_____. *Tratado das Ações*. São Paulo: RT, 1976. Tomo VI.

RATTACASO, Marcus Claudis Saboia. Art. 19. In MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org.). *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: RT, 2010.

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. *Processo civil coletivo e sua efetividade*. São Paulo: Malheiros, 2012.

REDONDO, Bruno Garcia; OLIVEIRA, Guilherme Peres de; CRAMER, Ronaldo. *Mandado de segurança: comentários à Lei 12.016/2009*. São Paulo: Método, 2009.

REMÉDIO, José Antonio. *Mandado de segurança individual e coletivo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIZZATO NUNES. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A liminar no mandado de segurança. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. São Paulo: Forense, 2003.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Ernesto Krotoschin (trad.). Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956.

BARBOSA, Rui. *Posse de direitos pessoais, o júri e a independência da magistratura*. Obras completas de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura (Fundação Casa de Rui Barbosa), 1976. Vol. XXIII - 1896, Tomo III.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Mandado de segurança individual e coletivo (legitimação e interesse). In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990.

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

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011.

SIDOU, J. M. Othon. *Do mandado de segurança*. 3. ed. São Paulo: RT, 1969.

_____. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data e ação popular – as garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional: doutrina e processo*. São Paulo: RT, 1968.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. Malheiros: São Paulo, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Sentença e coisa julgada*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. Mandado de Segurança – meio idôneo para defesa de interesses difusos?. *Revista de Processo*, ano 15, n. 60, outubro-dezembro, 1990.

SILVER, Charles; MILLER, Geoffrey P. The quasi-class action method of managing multidistrict litigations: problems and a proposal. *New York University Law and Economics Working Papers*, paper 174, 2009.

SOUZA, Sebastião. *Dos Processos Especiais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

SOUZA, Motaui Ciocchetti de. *Ação Civil Pública e inquérito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TALAMINI, Eduardo. As origens do mandado de segurança na tradição processual luso-brasileira”. In BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Coisa Julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.

_____. Partes e os terceiros no mandado de segurança individual, à luz de sua nova disciplina (Lei 12.016). In ASSIS, Araken de et al (org.). *Processos coletivos e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TARUFFO, Michele. Interventi. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi*. Padova: Cedam, 1976.

_____. Notes on the collective protection of the rights. In ORTEIZA, Eduardo (coord.). *Procesos Colectivos – Class Actions*. I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Buenos Aires, Argentina: 2012.

TESHEINER, José Maria Rosa. “Mandado de segurança coletivo”. *Revista de Processo*, n.182, ano 35, abril de 2010.

_____; ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Partes e legitimidade nas ações coletivas. *Revista de Processo*. RePro 180, ano 35, pp.09-40, fev. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O mandado de segurança segundo a lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Lei do mandado de segurança comentada artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TROCKER, Nicolò. *L’Intervento ‘per ordine del giudice*. Milano: Giufrè, 1984.

TUCCI, José Rogério Cruz e. “Class action” e mandado de segurança coletivo (diversificações conceituais). São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*. São Paula: RT, 2006.

_____. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 102, 2007.

_____. *A causa petendi* no processo civil. 3.ed. São Paulo: RT, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. *Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e Processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Sobre a intervenção nas ações coletivas. In DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi Colletivi e Proceso: la legittimazioni ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979.

VILAR FILHO, José Eduardo de Melo. Art. 12. In MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org.). *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: RT, 2010.

WALD, Arnoldo. Natureza processual do mandado de segurança. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro*, vol. 16, 1967.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Litispendência em ações coletivas. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: RT, 1980.

_____. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

_____. Do objeto litigioso das ações coletivas”. In: MILARE, Édís (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; VIGORITI, Vincenzo (org.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: RT, 2014.

WEINSTEIN, Jack B. *Individual Justice in Mass Tort Litigation: the effect of class actions consolidations, and other multiparty devices*. Ilinoi: Northwestern University Press, 1995.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPj Editora, 2006.

_____. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. RODRIGUES, Viviane Siqueira. Art. 14. In MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org.). *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: RT, 2010.

ZANETI JR, Hermes. *Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controversos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2001.

_____. Mandado de Segurança Coletivo. In DIDIER JR., Fredie (org.). *Ações Constitucionais*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. p.155-214.

_____. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. Comentários ao art. 21. In MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org.). *Comentários à nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. O mandado de segurança coletivo na Lei 12.016/2009. In: MILARÉ, Édís (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Processo Coletivo*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011.

ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Da legitimidade ativa ope legis da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo. *Revista de processo*, ano 37, vol. 203, jan-2012.