

O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO E A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA SUA IMPETRAÇÃO

LUÍS OTÁVIO STÉDILE



Escola Superior do Ministério Público da União

O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO E A LEGITIMIDADE
DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA SUA IMPETRAÇÃO

Luís Otávio Stédile



Brasília

2011



República Federativa do Brasil
Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
Roberto Monteiro Gurgel Santos

**Diretor-Geral da Escola Superior do
Ministério Público da União**
Nicolao Dino de Castro e Costa Neto

Câmara Editorial Geral

Robério Nunes dos Anjos Filho – Coordenador (MPF)

Antonio do Passo Cabral (MPF)

Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto (MPT)

José Antônio Vieira de Freitas Filho (MPT)

Ana Luisa Rivera (MPDFT)

Maria Rosynete de Oliveira Lima (MPDFT)

Alexandre Concesi (MPM)

José Carlos Couto de Carvalho (MPM)

Escola Superior do Ministério Público da União

SGAS Av. L2 Sul, Quadra 604, Lote 23 – 70200-640 – Brasília-DF

Tel.: (61) 3313-5114 – Fax: (61) 3313-5185

<www.esmpu.gov.br> – <editoracao@esmpu.gov.br>

© *Copyright* 2011. Todos os direitos reservados.

Secretaria de Ensino e Pesquisa

Nelson de Sousa Lima

Divisão de Apoio Didático

Adriana Ribeiro Ferreira

Setor de Revisão

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa – Chefia

Constança de Almeida Lazarin – Revisão de provas

Lara Litvin Villas Bôas – Revisão de provas

Renata Filgueira Costa – Preparação de originais e revisão de provas

Núcleo de Programação Visual

Rossele Silveira Curado

Projeto gráfico, capa e diagramação

Lucas de Ávila Cosso

S812m Stédile, Luis Otávio

O mandado de segurança coletivo e a legitimidade do Ministério Público para sua impetração / Luís Otávio Stédile.
Brasília : Escola Superior do Ministério Público da União, 2011

91 p.

ISBN: 9788588652408

Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes/>>

1. Mandado de segurança coletivo. 2. Ministério Público – poderes e atribuições. 3. Ação coletiva. 4. Legitimidade. I. Título.

CDD 341.46219



“O abandono do velho individualismo que domina o direito processual é um imperativo do direito moderno”.

Humberto Gomes de Barros

“Não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada”.

Peter Häberle

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	9
1	O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO	11
1.1	NOTAS COMUNS AO MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL E COLETIVO	14
1.1.1	NATUREZA JURÍDICA, OBJETO (COMUM) E CONCEITO	14
1.1.2	LEGISLAÇÃO FUNDAMENTAL DE REGÊNCIA	20
1.1.3	NOÇÕES GERAIS E RITO DO PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA	22
1.2	CARACTERÍSTICAS ESPECIAIS DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO	30
1.2.1	REGULAÇÃO NORMATIVA DAS QUESTÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL COLETIVO	31
1.2.2	LEGITIMIDADE ATIVA (INTRODUÇÃO)	32
1.2.3	INTERESSE DO SUBSTITUTO PROCESSUAL	33
1.2.4	OBJETO E LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA (INTRODUÇÃO)	35

2	O OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO: OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS	37
2.1	<i>INTERESSES</i> OU <i>DIREITOS</i> TRANSINDIVIDUAIS?	37
2.2	DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS <i>VERSUS</i> DIREITOS SUBJETIVOS	38
2.3	CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS	40
2.4	ESPÉCIES DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS	41
2.4.1	DIREITOS COLETIVOS	42
2.4.2	DIREITOS DIFUSOS	43
2.4.3	NOTAS DISTINTIVAS ENTRE DIREITOS COLETIVOS E DIREITOS DIFUSOS	45
2.5	DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	46
2.6	A QUESTÃO DA NÃO PREVISÃO DE TUTELA DE DIREITOS DIFUSOS PELA LEI N. 12.016/2009	48
2.7	O OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO COMO MEDIDA DA LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA CONFERIDA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO AO SUBSTITUTO PROCESSUAL	50
2.7.1	A LEGITIMIDADE DOS PARTIDOS POLÍTICOS COM REPRESENTAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL	51
2.7.2	A LEGITIMIDADE DAS ORGANIZAÇÕES SINDICAIS, ENTIDADES DE CLASSE E ASSOCIAÇÕES	55
2.8	OS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO	56

3	A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO	59
3.1	MISSÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO	59
3.2	A ABERTURA DO ROL PREVISTO NO INCISO LXX DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO ART. 21, CAPUT, DA LEI N. 12.016/2009	62
3.3	O MINISTÉRIO PÚBLICO NO POLO ATIVO DO WRIT COLETIVO	67
3.3.1	A POSIÇÃO DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA	67
3.3.2	TOMADA DE POSIÇÃO PESSOAL	73
3.4	EPÍLOGO: O PROJETO DE EMENDA CONSTITUCIONAL N. 74/2007 E O ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO COLETIVO	76
	CONCLUSÃO	78
	REFERÊNCIAS	80

INTRODUÇÃO

Antes da segunda metade do século XX, a não ser pelos progressos colhidos em leis trabalhistas, questões como a ampliação do acesso à justiça e a tutela judicial de interesses de grupos supraindividuais não fizeram parte, quase que absolutamente, da agenda do legislador brasileiro. O Código de Processo Civil de 1973, promulgado em um contexto em que eram ainda incipientes os primeiros estudos sobre a tutela coletiva de direitos, não desbordou do paradigma processual clássico vigente desde a outorga das ordenações portuguesas e proporcionou meios para a realização de direitos subjetivos e posições jurídicas individuais. Nele, o processo, de feição liberal, visa à satisfação do interesse próprio de certo indivíduo ou entidade, e desta concepção partem todas as suas normas procedimentais. Todavia, já antes dele, as relações sociais evoluíam e se modificavam a passo acelerado, de forma que certos interesses já não mais se cingiam a esta ou aquela pessoa, mas sim a uma coletividade ou mesmo a toda a sociedade. É o caso de interesses como ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à moralidade administrativa ou aos adequados serviços públicos de saúde.

Sem instrumentos jurídicos que pudessem dar azo satisfatório a pretensões coletivas, os tribunais abarrotaram-se de demandas, tendo de dirimir conflitos idênticos inúmeras vezes, com prejuízo à atividade judicante. Nem se mencione o tratamento dispensado àqueles direitos sem expressão individual – genuinamente coletivos –, que, na maioria dos casos, simplesmente não eram passíveis de tutela jurisdicional. As relações massificaram-se, repetiram-se, os interesses se conjugaram e o direito processual demorou a voltar os olhos à realidade dos fatos.

Tal quadro começou a ser modificado no Brasil, na linha de surgimento dos chamados direitos de terceira geração, com o advento de algumas leis especiais na década de 1980 e, principalmente, com a promulgação da Constituição de 1988. Foi com ela que se incorporou definitivamente à estrutura fundamental do ordenamento pátrio a noção de que os direitos não dizem respeito apenas à individualidade

de cada um (pessoa humana ou fictícia), reconhecendo-se a necessidade de que também fosse objeto de tutela o fenômeno do direito coletivo (*lato sensu*). Entre algumas das inovações que nela se verificaram neste campo, de alta relevância foi a introdução ou o reconhecimento de uma faceta coletiva a uma ação constitucional até então essencial ao sistema jurídico pátrio: o mandado de segurança. Por meio desse instrumento de petição judicial, há praticamente um século já se podia coibir com celeridade e de forma eficiente, em muitos casos, o mau uso de prerrogativas públicas em detrimento de direitos do cidadão. Com a introdução do mandado de segurança coletivo no rol de garantias constitucionais, então, passou-se a reconhecer a existência de uma ação, também voltada contra o abuso de poderes estatais, para a proteção de direitos transindividuais.

Assim é que, sendo indiscutível a importância da satisfação e do resguardo desses direitos à sociedade atual, primeiramente, examinam-se, sem pretensão exaustiva, a natureza e as características do mandado de segurança coletivo e define-se o seu papel nesse contexto.

Na Carta de 1988, de outro lado, alçou-se o Ministério Público à condição de mais importante curador desses novos direitos, principalmente porque muitos deles se encontram fortemente permeados por interesses sociais, como os direitos, já citados, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à moralidade administrativa. Do constituinte, recebeu a expressa incumbência de defender os chamados interesses difusos e coletivos (art. 129, III, CF).

Daí surgir a indagação: estaria o Ministério Público brasileiro, tendo em vista suas funções institucionais, apto ao manejo do *writ* coletivo? O questionamento se torna mais pertinente quando se percebe que o Órgão não consta da lista de legitimados erigida no inciso LXX do art. 5º da Constituição, tampouco na novel legislação regulamentar (Lei n. 12.016/2009), que facultam a partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe e associações impetrarem a ação coletiva em comento. Assim, estudado o instituto, em um segundo momento serão analisadas as fontes jurídicas pertinentes para determinar se deflui do ordenamento a legitimidade do MP para a impetração do mandado de segurança coletivo.

Deve ser destacado, por oportuno, que a indagação ganha relevância quando compreendido que o mandado de segurança coletivo detém potencialidades inacessíveis à ação civil pública, para a qual a legitimidade ativa do MP é incontestável. Características especiais como a celeridade, a vedação à dilação probatória, a exequibilidade imediata da sentença (mesmo em face da necessidade de reexame necessário), sem falar em sua força coercitiva diferenciada, entre outras que serão apresentadas a seguir, justificam que se questione a utilização desta ação sumária pelo *Parquet* mesmo à vista daquela.

O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

O mandado de segurança individual, enquanto instrumento de vindicação judicial, encontra-se fortemente arraigado no sistema jurídico brasileiro. Previsto pela primeira vez na Constituição de 1934, em termos similares aos que hoje vigem no diploma de 1988¹, só deixou de integrar as Cartas Políticas brasileiras, desde então, em 1937, quando outorgada por Getúlio Vargas. Durante todo esse longo período, considerando ainda que já se utilizava o *habeas corpus* como um esboço ao *mandamus* desde o início do século XX (pela chamada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, que lhe alargava as hipóteses habituais de cabimento) (SILVA, 2000, p. 367-368) até os dias de hoje, muito se tratou e estudou, na doutrina e na jurisprudência, acerca da ação de segurança de cunho individual. Apesar das discussões que ainda suscita, o instituto tem definição bem formada no Direito pátrio, tendo sido aplainada pelas mais diversas fontes jurídicas.

Não é o que ocorre com o mandado de segurança coletivo. Este, a seu turno, foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro apenas na Constituição vigente – na linha da abertura por ela proposta para propiciar tutela judicial às questões que transcendem o indivíduo e atingem a sociedade na qualidade de ente coletivo e formado por coletividades. Surge, ao lado de outros instrumentos, com a finalidade de desonerar o Judiciário do julgamento de reiteradas questões idênticas em ações individuais, enaltecendo os princípios da economia e da celeridade processuais; de tornar viável a defesa de interesses economicamente pouco significativos quando tomados isoladamente (SUNDFELD, 1988, p. 165) e, em especial, de dar azo à tutela de direitos essencialmente transindividuais².

Desde então, foi quase esquecido pelo legislador ordinário e, ao que parece, ao menos até o advento da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, pouco tocado pelos acadêmicos, muito provavelmente em razão da falta de legislação regulamentar específica que esmiuçasse suas vias de utilização. Entretanto, mesmo à míngua de um apoio doutrinário mais confortável, os lidadores do Direito não se furtaram a

- 1 Constava da Constituição de 1934: “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 petórias competentes”.
- 2 “[...] qual o *objeto* do mandado de segurança coletivo? Parece evidente, pela própria gênese do instituto, inquestionavelmente derivado do mandado de segurança individual, que a finalidade do novo remédio heroico é a proteção de direito líquido e certo *coletivo (lato sensu)*, pois, segundo Celso Ribeiro Bastos, ‘o ponto fulcral da novidade introduzida consiste, sem dúvida, na possibilidade de defesa coletiva dos direitos’ (BASTOS; MARTINS, 1988, p. 352). É mister seja esclarecido que o vocábulo *coletivo* é aqui aplicado em amplo espectro. Nele estão compreendidos os direitos (ou interesses) *difusos, coletivos (stricto sensu)* e *individuais homogêneos*, [...] pois o que é ‘líquido e certo’ para o indivíduo pode também sê-lo para a coletividade” (CARVALHO, 1993, p. 84-85). O objeto do MSC é analisado ao longo desta obra, mais especialmente no segundo capítulo.

lançar mão da ação nos foros judiciários, conquistando algumas respostas da jurisprudência, embora alimentando ainda mais os questionamentos em âmbito doutrinário.

Apesar disso, o caminho a ser vencido pelo mandado de segurança coletivo não se encontra absolutamente sujeito a hesitações, uma vez que se vem reconhecendo pacificamente que possui a mesma natureza que seu predecessor, o mandado de segurança individual³. Distinguem-se, ao fim e ao cabo, no direito objeto da ação: um dirige-se à proteção de direitos individuais e o outro, à proteção de direitos transindividuais (BARROSO, 2003, p. 200)⁴. É tão somente a partir dessa separação que sobrevém a necessidade de se ponderar, no campo da ação coletiva, sobre uma série de outras questões que lhe são peculiares, mas sem olvidar, portanto, a maior parte do legado doutrinário e jurisprudencial já angariado pelo uso e estudo da ação individual.

Expressiva corrente doutrinária reconhece, nessa vertente, que se trata de duas espécies de ação do mesmo gênero (mandado de segurança) e que ambas devem ser regidas pelos mesmos princípios norteadores (GRINOVER, 1991, p. 75)⁵. Assim já afirmou, inclusive, o Supremo Tribunal Federal⁶.

Nessa linha de pensamento, entende-se que o disposto no art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal deve ter plena aplicação ao mandado de segurança coletivo, previsto no inciso LXX⁷. É a redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

LXIX - 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;

LXX - 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.

Nada na redação da Constituição indica que os preceitos lançados no inciso LXIX digam exclusivamente com a ação de segurança individual⁸. Pelo contrário, a introdução, em continuidade, do *writ* coletivo no inciso imediatamente seguinte faz crer, em sendo o diploma máximo federal um sistema, que

3 Conforme o apanhado realizado, na doutrina, por BASTOS, 2007, p. 83-87.

4 A questão referente a quais direitos transindividuais se destina o MSC a proteger é desenvolvida no segundo capítulo.

5 São princípios fundamentais ao mandado de segurança, segundo se entende, sem pretensão taxativa: celeridade, economia processual, efetividade, cognição formal sumária e facilitação do acesso à justiça.

6 "MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – LIBERAÇÃO DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS (ART. 168, CF) – IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE (ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS) – INADMISSIBILIDADE – PRERROGATIVA DE PODER – GARANTIA INSTRUMENTAL DA AUTONOMIA FINANCEIRA DO PODER JUDICIÁRIO – WRIT COLETIVO – DEFESA DE DIREITOS E NÃO DE SIMPLES INTERESSES – ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DA ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. [...] – 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 sua tutela jurisdicional de direito líquido e certo não amparável pelos remédios constitucionais do *habeas corpus* e do *habeas data* [...]” (STF, MS n. 21.291 AgR-QO, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 12.4.1991, DJ de 27 out. 1995, p. 36331, Ement. Vol. 01805-02, p. 00201).

"MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – DECRETO N. 646/1992 DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA – INVESTIDURA NAS FUNÇÕES DE DESPACHANTE ADUANEIRO E DE AJUDANTE DE DESPACHANTE ADUANEIRO – IMPETRAÇÃO CONTRA ATO EM TESE – INADMISSIBILIDADE – INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 266 DO STF – MANDADO DE SEGURANÇA NÃO CONHECIDO. Os princípios básicos que regem o mandado de segurança individual informam e condicionam, no plano jurídico-processual, a utilização do *writ* mandamental coletivo [...]” (STF, RE n. 171.203, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, j. em 7.2.1995, DJ de 18 ago. 1995, p. 24945, Ement. Vol. 01796-13, p. 02651).

7 Entre outros, BARROSO, 2003, p. 200: “Sendo o mandado de segurança coletivo uma variação do *writ* individual, com peculiaridades no que toca à legitimação ativa, também devem estar presentes os mesmos elementos constantes do inciso LXIX do art. 5º da Constituição”.

8 É de se anotar, por oportuno, que no inciso LXIX não consta a salvaguarda do direito *individual* líquido e certo, como ocorria na CF de 1967, mas de qualquer direito líquido e certo, o que é importante sob o ponto de vista da interpretação histórico-contextual do instituto para fins de reconhecimento de sua aplicação ao mandado de segurança coletivo.

lhes devam ser aproveitadas as disposições antecedentes, especialmente quando não se estabeleceram novos requisitos ou ressalvas quanto àquele conteúdo⁹.

Inclusive, deve-se rememorar, em interpretação histórica, que o próprio Anteprojeto de Constituição da chamada Comissão de Sistematização da Assembleia Nacional Constituinte apresentava o texto dos incisos em um único artigo. Dispunha sobre o mandado de segurança coletivo no parágrafo único do seu art. 36 e, no *caput*, sobre as disposições genéricas do *writ* (PACHECO, 2002, p. 322-323). Conjugavam-se, assim, em um dispositivo comum, vinculado o parágrafo à “cabeça” do artigo e a tudo quanto nele estivesse disposto. Apenas por uma questão de organização, quando da redação derradeira da Magna Carta, tendo em vista a forma adotada de arrolamento dos direitos formalmente fundamentais na CF¹⁰, especialmente dos “direitos e deveres individuais e coletivos” sob a forma de lista no art. 5º, foram as ações em comento alocadas em dois incisos, um seguido do outro – e que nem por isso devem ser lidos de forma desvinculada, quando tudo indica justamente o contrário.

Veja-se como José Carlos Barbosa Moreira (1991, p. 196) arremata o tema:

Por outro lado, ao prever essa figura do mandado de segurança coletivo, ao lado da figura do mandado de segurança individual, não quis a Constituição, de modo nenhum, fazer tábua rasa daquilo que existia e existe em matéria de mandado de segurança. O mandado de segurança coletivo, desculpem o acianismo, é uma espécie do gênero mandado de segurança, logo terá em comum com a outra espécie tudo aquilo que não esteja previsto em termos diversos. Aquelas noções básicas, fundamentais, clássicas, a respeito de mandado de segurança prevalecem para o mandado de segurança coletivo. Continua a ser verdade que o mandado de segurança exige direito líquido e certo, no sentido de que os fatos só podem ser provados mediante documento pré-constituído; continua a ser verdade que o procedimento não pode comportar diligências instrutórias; continua a ser verdade que se deve estar diante de um ato de autoridade, que seja acoimado de ilegal ou de conter abuso de poder etc. etc. Quer dizer, prevalece tudo que se diz do mandado de segurança individual e que não conflite com o texto a propósito do mandado de segurança coletivo.

São, em essência, a mesma ação, porém destinadas à proteção de direitos líquidos e certos distintos. E é por força disso que o mandado de segurança coletivo clamará, como ação coletiva e não individual (e daí o nome mandado de segurança *coletivo*), por tratamento processual especial em questões que defluam e sejam necessidade direta desta destinação diferenciada, tais como naquelas atinentes à assistência, ao litisconsórcio, à litispendência, à legitimação ativa e aos limites subjetivos da coisa julgada, que dizem diretamente com sua característica peculiar de ação coletiva (REMÉDIO, 2002, p. 497). Fundamentalmente, os dois últimos aspectos citados, na qualidade de pontos principais a provocar as maiores indagações sobre o *writ* coletivo, serão vistos nesta obra¹¹.

- 9 Relembre-se a valiosa lição de Eros Roberto Grau (2000, p. 231): “Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços”.
- 10 Formalmente fundamentais porque assim declarados pelo constituinte quando, no Título II da CF, ali os identificou. No entanto, como leciona Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 75-164), o catálogo de direitos fundamentais da Carta Federal de 1988 não se limita àqueles descritos no seu Título II, daí advindo a noção de direitos materialmente fundamentais.
- 11 É que não seria possível examiná-los em sua inteireza sem perder de vista o desígnio final do estudo, qual seja, o de se saber se é ou não o Ministério Público legitimado ao manejo da ação.

Nessa esteira, visto que se pretende delinear, inicialmente, os contornos jurídicos do mandado de segurança coletivo, afigura-se dogmaticamente oportuno examinar as categorias comuns aos dois institutos em um primeiro momento para depois partir à análise das características especiais e peculiares ao *writ* coletivo (objeto, legitimação ativa e limites subjetivos da coisa julgada). Conhecida esta ação em suas linhas gerais e com ela familiarizado o leitor, ter-se-á melhor caldo de fervura para tentar responder à indagação que dá sentido à obra.

12 A doutrina hoje aceita bem este entendimento. A propósito, veja-se PACHECO, 2002, p. 159-160.

13 Entre outros, MEIRELLES, 2003, p. 72; SILVA, 2000, p. 377; LOPES, 2004, p. 3.

1.1 Notas comuns ao mandado de segurança individual e coletivo

1.1.1 Natureza jurídica, objeto (comum) e conceito

A natureza jurídica (a essencialidade, o enquadramento dogmático-preliminar no ordenamento) da ação de segurança ainda é objeto de persistentes controvérsias e dúvidas no âmbito da ciência jurídica. Uma vez que a proposta desta obra passa necessariamente pelo exame dos fundamentos do mandado de segurança (gênero), faz-se necessário revisitar algumas das noções apresentadas pelos autores sobre o assunto.

O *writ of mandamus* é um instrumento de direito processual que se amolda perfeitamente à categoria de “processo judicial” (MOREIRA, 1997, p. 204), visto se caracterizar pela união ordenada de atos processuais que se desenvolvem sob a égide do Estado, cujo fim é a produção de um provimento jurisdicional. É processo pelo qual se exercita, obviamente, uma ação (MOREIRA, 1997, p. 205)¹². O direito de ação, conforme a teoria geral do processo, relembre-se, é o direito público subjetivo de pedir ao Estado (*rectius*: juiz) o exercício da atividade jurisdicional para ver solucionada determinada lide (WAMBIER, 2002, p. 127). Ora, o mandado de segurança, ainda que lhe sejam inerentes características processuais especiais, como se verá a seguir, não deixa de ter em si a qualidade básica de um móvel pelo qual se requer ao Estado-juiz uma providência para a salvaguarda de um direito, ou seja, trata-se genuinamente de uma ação judicial.

A matéria não é tão pacífica entre os doutrinadores quando se trata de definir a natureza (se civil, penal, constitucional etc.) desta ação, apesar de a primeira ser nitidamente a mais proclamada¹³. Em verdade, tudo dependerá do critério classificador adotado. Se for a estirpe hierárquico-normativa do

instituto, ter-se-á uma ação constitucional¹⁴; se for o conteúdo do direito objeto do processo, ter-se-ão ações de variadas espécies (civil, penal, eleitoral etc.); se for o juízo de propositura do mandado, da mesma forma. Inclusive, existem louváveis argumentos, no que tange a esses dois últimos critérios, demonstrando, uma vez ajuizada a demanda no foro criminal, a inafastabilidade da observância dos princípios fundamentais ao processo penal no procedimento e julgamento do *writ*, tendo em vista a relevância peculiar dos bens jurídicos nele tutelados (MOSSIN, 1996, p. 36-37, e COGAN, 1990, p. 71-73).

Contudo, a classificação que se afigura, com efeito, mais relevante ao direito processual é a que se determina pela natureza das normas regulatórias do instituto. Afinal, é fundamental ao jurista poder definir de antemão em quais vias processuais se desenvolverá a ação. Nessa perspectiva, o mandado de segurança possui natureza civil, porque sua ritualística segue as normas do processo civil. Rege-se, atualmente, pela Lei n. 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança) e, subsidiariamente, pela lei geral de processo, ou seja, pelo Código de Processo Civil¹⁵. Mesmo assim, como bem adverte José da Silva Pacheco (2002, p. 122), o adjetivo *civil* provém tão somente da inafastável predominância dos dispositivos aplicáveis ao procedimento e não da exclusividade deles. Como já assentado, no âmbito penal, não se pode olvidar as normas fundamentais que dão base ao processo penal, sob pena de se ferirem garantias essenciais do acusado. Foi justamente nessa linha que o Supremo Tribunal Federal expediu a sua Súmula n. 701, resguardando e aplicando preceitos essenciais do direito processual penal ao *mandamus* proposto perante juízo criminal¹⁶. Assim, pode-se concluir que esta ação é civil, porém poderá, sim, ganhar “contornos” de ação penal ou de outra natureza ante a necessidade de observância de preceitos próprios do procedimento criminal ou de outro procedimento.

Além de sua natureza civil, outros dados importantes informam o remédio constitucional analisado. Trata-se de ação de conhecimento (não é cautelar, pois não visa resguardar a eficácia de outra ação, e não é executiva, porquanto nela não se executa título), de natureza cognitiva e tendente à emissão de uma sentença (MOREIRA, 1997, p. 207).

A questão que gera maior polêmica é saber se ela possui feição declaratória, constitutiva, condenatória e/ou mandamental. Volvendo-se brevemente (tanto quanto se pode permitir neste passo) às magnas lições de Pontes de Miranda, logo vem à tona a classificação das sentenças e correlatas ações, que sempre possuirão todas as eficácias, evidenciando-se entre si apenas uma relação de hierarquia e predominância¹⁷. Assim, uma ação jamais é apenas declaratória ou apenas constitutiva; carrega, isto sim, todas as eficácias, apenas de forma hierarquizada entre elas, da de maior à de menor peso.

14 Segundo José Afonso da Silva (2006, p. 186-189 e 458-459), ao adotar a teoria de Rui Barbosa acerca da dicotomia direitos-garantias constitucionais, tratar-se-ia de uma garantia constitucional.

15 “Observamos, finalmente, que, com impropriedade, se têm denominado de mandado de segurança ‘criminal’, ‘eleitoral’, ‘trabalhista’, os que são impetrados perante essas Justiças. Há manifesto equívoco nessas denominações, pois todo mandado de segurança é *ação civil*, regida sempre pelas mesmas normas da Lei n. 1.533/1951 e do Código de Processo Civil, qualquer que seja o juízo competente para julgá-lo” (MEIRELLES, 2003, p. 72). Vide subseção 1.1.2 quanto à legislação fundamental aplicável ao mandado de segurança, inclusive acerca da aplicação subsidiária do CPC.

16 “No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo”. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 15 set. 2007. Todas as súmulas do STF citadas ao longo desta obra foram retiradas do referido *site*.

17 “Não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura” (PONTES DE MIRANDA, 1976, p. 124).

O que não se pode deixar de reparar é que as três primeiras eficácias (declaratória, constitutiva e condenatória) dizem com o conteúdo do provimento jurisdicional, o que não ocorre com a última (mandamental), que se erige na sua exequibilidade imediata. A esse respeito, leciona Mauro Luís Rocha Lopes:

A rigor, há quem arrole, como Pontes de Miranda, em relação às ações de conhecimento, outras subcategorias, como as ações executivas *lato sensu* e as *ações mandamentais*. Estas (mandamentais) seriam caracterizadas por emanarem ordem judicial que não necessita de acesso à via executiva para ser implementada, sendo-lhes inerente a *pronta realizabilidade prática* de sua decisão (o juiz simplesmente determina, através de ofício ou mandado, que a autoridade coatora cumpra o mandamento contido na parte dispositiva de sentença). Entretanto, a maneira como se efetiva o comando extraído da sentença não justifica a criação de uma espécie autônoma de ação. Como ensina Alexandre Freitas Câmara, a melhor doutrina (Chiovenda, Liebman, Frederico Marques, Greco Filho) só admite como cientificamente adequada a classificação que leva em conta a espécie de tutela jurisdicional pleiteada pelo autor.

E conclui quanto à possibilidade de haver sentença declaratória, constitutiva e condenatória em mandado de segurança:

Por isso, e por não haver dúvida de que o mandado de segurança pode conter pedido meramente declaratório (ex.: declaração do direito de participar de licitação pública, emanada de mandado de segurança preventivo), constitutivo (ex.: cancelamento de multa de trânsito) ou condenatório (ex.: obrigação de expedir certidão negativa de débito ou de pagar verbas vencidas entre a impetração e a decisão final), pode-se concluir, com José Carlos Barbosa Moreira, que o mandado de segurança não constitui uma espécie autônoma de ação, inserindo-se na tradicional classificação das ações de conhecimento, dependendo do tipo de provimento desejado pelo impetrante e sua caracterização em uma das espécies aludidas (LOPES, 2004, p. 6-7).

Nessa vertente, concorda-se com o entendimento de que o *mandamus* não pode ser classificado, no plano abstrato, como apenas uma daquelas ações (sentenças). Todavia, nada obsta que seja definido, de forma isolada, como uma ação mandamental, se considerada a característica distintiva que possui, qual seja, de que seu provimento jurisdicional é sempre acompanhado de uma ordem¹⁸, expedida imediatamente nos autos do processo¹⁹, para que a autoridade coatora faça ou deixe de fazer alguma coisa²⁰. E a principal eficácia desta ordem, diversificada em relação aos demais provimentos jurisdicionais, reside na possibilidade de imposição de sanções penais, administrativas e processuais diretamente ao agente que vier a descumpri-la (GUERRA, 2002, p. 645 et seq.).

Este é o grande diferencial da ação de mandado de segurança: visa à expedição de uma ordem, a ser produzida com celeridade, mediante um processo com rito sumário e especial (MEIRELLES, 2003, p. 31), para que se possa coibir com rapidez arbitrariedades praticadas por autoridades. Por que um ins-

- 18 “A premissa básica é que a mandamentalidade tem que ver com a existência de uma ordem. [...] Ocioso frisar que, se não houver ordem, a sentença de procedência não será mandamental, mas simplesmente condenatória” (MOREIRA, 2000, p. 258 e 261).
- 19 Expedida e *cumprida* imediatamente: “Pois bem: a sentença mandamental assim se qualifica em razão da preponderância, nela, de determinado peso, ou tipo de eficácia, consistente em que alguém deva atender, imediatamente, ao que o juiz *manda*. O ‘imediatamente’ é de capital importância: existem sentenças de outras espécies (isto é, com diferentes pesos de eficácia preponderante), das quais também decorre *ordem* emitida pelo juiz; mas apenas como *posterius*, como resultado *mediato*” (MOREIRA, 2000, p. 255).
- 20 Assim, entende-se que o *mandamus* compreende não só uma tutela mandamental, mas também inibitória. Vide GRINOVER, 2005, p. 263 et seq.

trumento especializado? Porquanto tais agentes, para bem cumprirem a função pública a eles acometida, gozam de poderes (deveres-poderes (MELLO, 2006, p. 68)) especiais e muitas vezes graves, inacessíveis aos governados, que lhes permitem a expedição de atos administrativos limitadores da liberdade do cidadão, dotados de presunção de legitimidade e autoexecutoriedade (BUENO, 1998, p. 56), mas que nem sempre são empregados conforme o Direito, comprometendo indevidamente o livre-arbítrio dos administrados. Assim, faz jus o cidadão a um instrumento que lhe permita afastar essa violação tão eficazmente quanto fora operada: se, de um lado, confere poderes especiais aos agentes públicos, de outro, resguarda-se com a ação de segurança. Não há dúvida se tratar de medida que se insere no espírito do Estado Liberal.

Isso é o que cabia referir, rapidamente, sobre a natureza do mandado de segurança. Quanto ao seu objeto, ao verificar o que se encontra inculcado no inciso LXIX do art. 5º da CF, pode-se dizer que o mote desse instrumento é afastar ou impedir lesão a direito líquido e certo, tencionada ou perpetrada pelo Estado ou por posto estatal, senão vejamos.

Afastar ou impedir lesão, pois a ação pode ser preventiva ou repressiva²¹. O mandado preventivo, diga-se, visa coibir tão somente a ameaça efetiva e real, consubstanciada em indícios concretos de que a violação ocorrerá. Dito de outra forma, o administrado só pode utilizá-lo “à vista de sinais inequívocos da iminência desta violação” (MOREIRA, 1988, p. 25). Muitas vezes, o MS preventivo é impetrado em face da mera promulgação e vigência de atos normativos (gerais e abstratos), sejam emanados do Poder Legislativo ou de outros Poderes no exercício do poder regulamentar, viciosos e atentatórios, em tese (porque não aplicados concretamente), ao direito do administrado. Nesse caso, como já largamente asentado por doutrina (CAMILLO, 2002, p. 172) e jurisprudência²², há a chamada impetração contra *lei em tese*. Como a mera vigência de atos normativos não implica, *per si*, ameaça a direito, visto que o ato (ou omissão) imaginado pode jamais ser materializado pelo administrador, não se evidencia interesse jurídico (condição da ação) no ajuizamento do *mandamus* preventivo. De outro lado, se o ato normativo for de efeitos concretos, mesmo que provenha de casa legislativa, caberá a impetração.

A lesão em vista tem de ser antijurídica, ou seja, tem de estar eivada de inconstitucionalidade ou ilegalidade, podendo ser produto de uma ação ou omissão. Em verdade, qualquer lesão a direito é, em si mesma, antijurídica, feita a afirmação supra apenas para que se ressalve que a invasão, pelo Estado, da esfera de interesses legítimos do indivíduo, muitas vezes, é plenamente jurídica (conforme o Direito). Pois bem, a Constituição promove a proteção, pelo mandado de segurança, de direitos em face de “ilegalidade” (art. 5º, LXIX). Como lecionam alguns autores, entre eles Maria Sylvania Zanella Di

21 Art. 5º, inciso XXXV, da CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Art. 1º, *caput*, da Lei n. 12.016/2009: “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 sofrer-la* por parte de autoridade [...]”.

22 A matéria é, inclusive, objeto da Súmula n. 266 do STF: “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”.

Pietro, o princípio da legalidade, hodiernamente, abrange todo o Direito como sistema jurídico, e não meramente as leis, em sentido formal²³. A menção à “ilegalidade” prevista na Carta Magna, certamente, deve ser objeto de interpretação histórica e contextual, tendo em vista a cronologia da conformação do instrumento aqui estudado, momento em que ainda não se teria firmado o papel fundamental e reitor das constituições, dotadas de plena eficácia normativa.

Aliás, a Carta Federal menciona não só a “ilegalidade”, mas também a proteção do direito líquido e certo em face de “abuso de poder”. Andou bem o constituinte em ressaltar a principal característica do mandado de segurança, de ser instrumento de coibição dos comportamentos estatais arbitrários, fruto do mau uso de prerrogativas públicas. No entanto, deve-se reconhecer que todo abuso de poder já contém em si uma ilegalidade, porque ou se estará a violar a lei em sua objetividade (caso do excesso de poder), ou se estará a violar a lei em sua finalidade (caso do desvio de poder) (LOPES, 2004, p. 14). Recorrendo-se ao direito administrativo, a doutrina, com efeito, entende que o abuso pode consubstanciar-se em excesso de poder ou desvio de poder²⁴. Ambos atingem pressupostos de validade dos atos administrativos, e a antijuridicidade do *excesso* está contida na incompetência do sujeito que o realiza, porque se investe de poderes que vão além daqueles que lhe foram conferidos pelo ordenamento (em contrapartida à função pública que exerce)²⁵. É o caso do administrador que pune posto de gasolina por não atender prescrições jurídicas lançadas em face de refinarias. Já a antijuridicidade do *desvio* está contida na não observância da finalidade da lei, do espírito da lei, se caracterizando pelo disfarce, pelo embuste, a exemplo do gestor que remove servidor para penalizá-lo²⁶.

A lesão, como dito alhures, pode derivar de ação ou mesmo omissão da autoridade. Diz respeito à prática de ato administrativo, ou seja, uma declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes (MELLO, 2006, p. 366). É por isso que a jurisprudência assentou que não cabe mandado de segurança em face de atos meramente executórios, mas sim para inibir ou exigir a prática de atos administrativos decisórios, perante autoridades que possuam efetivamente poder de decisão (MEIRELLES, 2003, p. 33)²⁷. A ação se verifica quando o ato administrativo ilícito foi positivamente praticado; a omissão, quando o agente era obrigado pelo ordenamento a praticá-lo e permaneceu inerte.

Para utilizar-se a via do *mandamus*, ainda, a lesão deve atingir, efetiva ou potencialmente, não qualquer direito, mas *direito líquido e certo*. Vê-se logo que há de existir alguma justificativa especial que diga diretamente com o direito que se quer proteger, à pronta intervenção do Poder Judiciário no conflito.

23 Conclui a autora: “Vale dizer, hoje, o princípio da legalidade tem uma abrangência muito maior porque exige submissão ao *Direito*” (DI PIETRO, 2003, p. 19-20).

24 Também chamado de desvio de “finalidade”, em atenção ao princípio da finalidade do direito administrativo. Sobre a afirmação contida no texto, SEABRA, 2006, p. 269.

25 “É a ultrapassagem das atribuições [...]” (PACHECO, 2002, p. 116).

26 Sobre os pressupostos citados, vide MELLO, 2006, p. 377 e 385-388. Sobre o desvio de poder, vide DALLARI, 2002, p. 13.

27 “LEGITIMIDADE – MANDADO DE SEGURANÇA – ATO DECISÓRIO E ATO EXECUTÓRIO. Define-se a competência para julgamento de mandado de segurança perquirindo-se o autor do ato apontado como de constrangimento. Estabelecida situação a encerrar simples materialização por subordinado, ao qual escape a possibilidade de revê-lo, o mandado de segurança há que ser dirigido contra a autoridade que praticou o ato em sua origem, pouco importando o *status* daquele que o tenha simplesmente executado [...]” (STF, RMS n. 21.387, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, j. em 26.5.1992, DJ de 19 fev. 1993, p. 02034, Ement. Vol. 01692-03, p. 00475).

A Lei n. 191/1936²⁸ foi a primeira norma infraconstitucional a regulamentar o instituto, previsto, constitucionalmente, à época, na Constituição de 1934. Referiam-se, ambos os diplomas, a direito *certo e incontestável*. Significava senão aquele que era claro, fora de dúvida, que não demandava detido exame do juiz. Entretanto, esse critério subjetivo, por demais vago, não satisfazia. Foi a partir da Constituição de 1946 que se gravou no ordenamento, pela primeira vez, a expressão “líquido e certo” e que os juristas iniciaram um processo de migração conceitual para trazer a essência dogmática do direito defendido no MS do plano subjetivo para o plano objetivo. Direito líquido e certo é atualmente o direito que se demonstra com prova pré-constituída na peça inicial do processo, ordinariamente por documentos, e que dispensa posterior dilação probatória. Dito em poucas palavras, é o direito provado de plano (BOCHENEK, 2002, p. 46-51). Assim, chegou-se à conclusão, inclusive, de que a complexidade da questão de direito não é óbice algum à ação de mandado de segurança, desde que a situação material subjacente ao direito esteja comprovada²⁹.

A única exceção é a prevista na própria lei de regência do *writ* e é plenamente razoável. Conforme dispõe o art. 6º, § 1º, da Lei n. 12.016/2009,

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 [...].

É oportuno referenciar que a liquidez e certeza do direito se constituem em pressupostos processuais autônomos de cabimento do MS (SILVA, 2000, p. 376). Não estando presentes, deverá o julgador extinguir o processo sem resolução de seu mérito (art. 10, Lei do MS). E, assim, poderá, nessa hipótese, ser reproposta a demanda (art. 6º, § 6º).

Por fim, a lesão há de ser *perpetrada (ou tencionada) pelo Estado ou preposto estatal*. No primeiro caso, quando é causada por autoridade pública nos termos do art. 1º, § 2º, da Lei n. 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo Federal), conceito que se encampa, autoridade é “o servidor ou agente público dotado de poder de decisão”³⁰. Já quando se faz referência a “preposto³¹ estatal”, quer-se indicar justamente o que consta do inciso LXIX do art. 5º da CF, o “agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”³². Como se sabe, o Estado pode executar diretamente suas funções ou delegar esta tarefa a entes privados³³. Dessa forma, a lei protege o cidadão das ilegalidades praticadas em função da atividade do Poder Público, de intromissão em sua esfera jurídica de liberdade, seja praticada por autoridade pública ou por agente delegado que, nessa qualidade, goza de poderes correspondentes à função pública exercida.

28 Lei n. 191, de 16 de janeiro de 1936, que regula o processo do mandado de segurança (Brasília, *Diário Oficial da União*, de 31 dez. 1936).

29 “A regra, portanto, é a seguinte: estando os fatos claramente demonstrados nos documentos com que o autor do mandado de segurança instruiu o pedido, a maior ou menor complexidade da *quaestio iuris* é irrelevante para descaracterizar a ‘certeza’ do direito. Por mais controvertido que ele seja, no plano da existência somente pode haver duas alternativas: ou o direito existe ou não existe, independentemente daquilo que o julgador possa pensar a respeito” (SILVA, 2000, p. 372). É questão sumulada pelo STF no verbete n. 625: “Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”.

30 Na mesma linha, LOPES, 2004, p. 53.

31 “Preposto (ô) s.m. [...] 4. Aquele que dirige um serviço, um negócio, por delegação da pessoa competente; institor. [...] 5. Bras. Representante, delegado” (FERREIRA, 1975, p. 1133).

32 No plano infraconstitucional, a Lei n. 1.533/1951 encampa o conceito, equiparando o agente delegado à autoridade pública, em seu art. 1º, § 1º: “Consideram-se autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções”.

33 Sobre concessões de serviços públicos, MELLO, 2006, p. 672 et seq.

Dessarte, pode-se agora, definida a sua natureza jurídica e o seu objeto, conceituar mandado de segurança como uma ação civil mandamental exercida por meio de um processo com rito sumário e especial e que visa afastar ou impedir lesão a direito líquido e certo, tencionada ou perpetrada pelo Estado ou preposto estatal.

1.1.2 Legislação fundamental de regência

Seguindo a linha do constitucionalismo pós-moderno, não se podem investigar as fontes normativas que informam a ação de segurança sem antes lembrar que tal atividade deve ter início pela Constituição. A finalidade, o mote do mandado de segurança é aquele, sem dúvida, descrito no inciso LXIX do art. 5º da CF; são indicações a partir das quais deverá o jurista nortear o exame sobre o cabimento ou não desta ação no caso concreto. Apenas outra norma de estirpe constitucional teria o condão de impor limites, em juízo de proporcionalidade, à utilização da garantia fundamental em comento, não servindo a lei infraconstitucional, meramente, sem assento na Lei Magna, para esse fim³⁴.

Parece claro que o indigitado inciso não poderia ficar sem regulamentação, especialmente porque, em se tratando de uma ação e de um processo, seu *modus* precisaria ser descrito para então ser usufruído nas lides forenses. Ainda que se trate de direito fundamental e, assim, de aplicação imediata, por ser uma garantia de natureza processual, a sua pormenorização faz-se imprescindível, sem a qual os lidadores do Direito perder-se-iam em eternas divagações sobre quais as diferenças que deveria possuir em relação às demais ações judiciais previstas no ordenamento. Como referido alhures, o dispositivo não bastaria, ao que parece, em si mesmo a fim de que se garantisse eficácia ao direito fundamental descrito.

Até o advento da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, a propósito, a legislação essencial de condução do *writ* era aquela encabeçada pela Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, coadjuvada diretamente pela Lei n. 4.348, de 26 de junho de 1964, ambas revogadas expressamente por aquela, além de outras leis periféricas. Uma vez que a lei de 1951 nada mencionava acerca do *writ* coletivo – nem se esperaria que o fizesse, em face da época de sua promulgação³⁵ –, fazia-se necessário um certo exercício exegético a fim de concluir-se pela aplicação de suas normas, tanto quanto compatível ao *modus* das ações coletivas, também ao mandado de segurança coletivo.

Atualmente, a legislação fundamental de regência dos mandados de segurança individual e coletivo é representada, de fato, pela tardia – no que tange à ação coletiva – Lei n. 12.016/2009. Há,

34 Efetivamente, a Lei n. 12.016/2009, em seu art. 5º, impõe restrições à impetração da ação.

35 Tal legislação nasceu em um contexto em que ainda pouco ou nada se cogitava, concretamente, sobre a tutela de direitos coletivos, sendo certo afirmar que fora promulgada em face da proteção tradicional, de feição liberal clássica, de direitos individuais (apesar de isso não ser expressamente referido nas citadas leis, o que, inclusive, favorece o exercício de interpretação sistemática). Como bem repara José Carlos Barbosa Moreira (1991, p. 194), “até o dia 4.10.1988, podemos afirmar, com absoluta certeza, que o mandado de segurança, pelo menos de acordo com a versão que dele se consagrou na jurisprudência, era um instrumento de defesa de direitos individuais”.

porém, de se ressaltar que nem todas as suas disposições têm aplicação à ação mandamental coletiva, anotação que se fazia, igualmente, em relação à aplicação da Lei n. 1.533/1951³⁶.

Na prática, pouco mudou. Inclusive, muitos aspectos da legislação anteriormente revogada – Leis n. 1.533/1951, 4.348/1964, 5.021/1966 especialmente –, bem como da jurisprudência consolidada foram incorporados no diploma de 2009. À exceção de algumas – não tão expressivas – alterações nas normas anteriormente vigentes, acrescentaram-se apenas dois novos artigos (21 e 22), visivelmente destacados do todo, às antigas disposições à guisa de regulamentação dos aspectos do *mandamus* de viés coletivo.

Essa regulamentação – do aspecto coletivo da ação de segurança – é pobre e falha³⁷, o que, certamente, demandará esforço exegético por parte dos juristas a fim de corrigirem-se eventuais distorções perante normas da Constituição Federal.

É pertinente anotar, sem embargo, que a aplicação da ordinaryness dos preceitos da novel legislação do mandado de segurança ao *writ* coletivo, assim como ocorria no caso do emprego, por empréstimo (ou interpretação histórico-contextual), das disposições da Lei n. 1.533/1951, deve ser operada com parcimônia³⁸. Existem dispositivos que são aplicáveis à tutela de direitos individuais, mas não à de direitos transindividuais, em razão da sua essencialidade diversa. Nesses casos, a utilização do preceito normativo deverá simplesmente ser rejeitada ou suplementada, analogicamente, por normas constantes do ordenamento atinentes à tutela coletiva de direitos. A propósito, a regulação normativa das questões de direito processual coletivo no MSC é analisada na segunda parte deste capítulo, que trata de suas características especiais.

Bem avaliada a Lei n. 12.016/2009, pode-se observar, apenas para fins de registro, ao menos dois dispositivos não extensíveis ao *mandamus* coletivo. O primeiro consta do § 3º do art. 1º do diploma: “Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança”. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal já sedimentou o entendimento de que o indivíduo, isoladamente, não pode buscar, pela via da segurança coletiva, a tutela de direitos metaindividuais. Editou-se, inclusive, a Súmula n. 101, cujo texto dispõe que “o mandado de segurança não substitui a ação popular”. Ainda que criticável o entendimento, seguindo-se a linha proposta, o parágrafo em comento só teria aplicação naqueles casos de tutela de direitos individuais violados. O segundo está no art. 3º da lei³⁹, que trata da hipótese de proteção de direitos cedidos, em parte, a terceiros. Como se verá no próximo capítulo, os direitos transindividuais são, por via de regra, indisponíveis, razão pela qual seria incogitável, na maioria dos casos, a impetração albergada no artigo.

36 “Há aplicação analógica integral, ao mandado de segurança coletivo, dos institutos e dos conceitos que formam o cerne do mandado de segurança, a saber: direito líquido e certo, ato abusivo ou ilegal de autoridade coatora. O que se tutela, no mandado de segurança coletivo, são direitos, e é com esse sentido que se devem interpretar os ‘interesses’ referidos na terminologia constitucional e no art. 21 da Lei n. 12.016/2009. É indispensável que tais direitos resultem de fatos, mesmo complexos, mas demonstrados por prova pré-constituída. Também no que se refere ao rito propriamente dito, a aplicação analógica é praticamente integral. A ação coletiva de mandado de segurança se reveste do caráter sumário desenhado na Lei n. 12.016/2009 [...]” (ZAVASCKI, 2010, p. 289-290).

37 No sentido de que importou em verdadeiro retrocesso, ALMEIDA; BENJAMIN, 2010, p. 55.

38 Nessa linha já decidiu a 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “[...] O mandado de segurança coletivo é garantia constitucional auto-aplicável, não condicionada à lei complementar ou ordinária, utilizável desde logo como direito das entidades arroladas no inciso LXX do art. 5º da Constituição Federal, aplicando-se, à falta de lei própria que regule seus pressupostos, as regras legais vigentes relativas ao mandado de segurança já existentes, a partir da Lei n. 1.533/1951, resolvidas em cada caso as situações não análogas que possam advir” (TJSP, MS n. 142.879-2, Rel. Des. Carlos Ortiz. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 648, p. 88, 3 out. 1989).

39 “Art. 3º O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente”.

À Lei n. 12.016/2009, ainda, aplica-se subsidiariamente a lei geral de processo, o Código de Processo Civil. Isso porque não poderia a legislação regulamentar do *writ* identificar todos os meandros que o permeiam e que são absolutamente necessários ao desenvolvimento de qualquer processo judicial. Na lição, mais uma vez, do Professor Barbosa Moreira (1997, p. 205):

É impossível, absolutamente impossível, processar um mandado de segurança utilizando exclusivamente as normas constantes da legislação especial. O que isso significa? Significa aquilo mesmo que, obviamente, significa em qualquer situação parecida com essa, em qualquer situação desse gênero. Significa que as questões não previstas, não reguladas expressamente na legislação específica, devem ser resolvidas à luz da legislação comum. E qual é a legislação comum em matéria processual? Parece-me que é, fundamentalmente, constituída pelo Código de Processo Civil.

E, a seguir, pondera sobre a aplicação do CPC ao processo de mandado de segurança:

É claro que poderá haver situações nas quais, embora não encontremos na lei específica uma previsão expressa, categórica, podemos, contudo, inferir da sua sistemática que, num ponto ou noutro, o processamento do mandado de segurança não deve obedecer às regras contidas no Código de Processo Civil. Isto é, os casos em que o Código não se aplica não serão apenas aqueles em que haja disposição expressa e específica na legislação pertinente ao mandado de segurança, mas também aqueles outros que, do ponto de vista sistemático, ofereçam porventura características que nos autorizem a concluir a incompatibilidade entre a norma comum, isto é, a norma contida no Código de Processo Civil, e alguma nota essencial ao instituto do mandado de segurança⁴⁰.

Assim, o que se pode concluir é que a legislação fundamental de regência das ações de segurança se encontra na Lei n. 12.016/2009, sem prejuízo da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e das leis próprias da tutela coletiva de direitos no caso da impetração de mandado de segurança *coletivo*, que será vista a seguir.

1.1.3 Noções gerais e rito do processo de mandado de segurança

Vistas as linhas mestras que regem o mandado de segurança e a legislação que lhe é aplicável, resta assentar algumas noções gerais que dizem respeito à forma e ao rito processual dessa ação.

Perceber-se-á que se trata de instrumento postulatório com certas peculiaridades importantes em face dos demais, a começar pela competência para julgamento, visto que o que vai determiná-la é a categoria da autoridade coatora que perpetrou a pretensa lesão ao direito líquido e certo e não, como de regra,

⁴⁰ Ainda segundo Eduardo Sodré (2007, p. 90), a aplicação subsidiária do CPC aos procedimentos especiais derivaria do disposto no parágrafo único de seu art. 272: “O procedimento especial e o sumário regem-se pelas disposições que lhe são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário”. Citando Pontes de Miranda e Barbosa Moreira, Teori Albino Zavascki (2006, p. 216-217) segue a mesma orientação. Trata-se de entendimento anterior à promulgação da Lei n. 12.016/2009 que, contudo, certamente, será mantido.

a natureza da matéria discutida no processo⁴¹. Como o autor da ação ou omissão tem papel fundamental na ação de segurança, porquanto deverá prestar informações essenciais à cognição do magistrado, é de se entender o porquê deste tratamento especial que lhe é dispensado quanto à competência. Assim é que a Constituição atribui, por exemplo, o julgamento de mandado de segurança ajuizado em face de ato ilícito praticado por autoridade federal à justiça federal de primeiro grau⁴². Os demais casos, não regulados na Magna Carta, são norteados pelas constituições e leis estaduais (de organização judiciária)⁴³.

Apesar de Hely Lopes Meirelles sugerir que o julgamento do *writ* proposto para impugnar ato de prefeito deve ocorrer perante o Tribunal de Justiça, tendo em vista o art. 29, inciso X, da CF (“julgamento do prefeito perante o Tribunal de Justiça”)⁴⁴, no Rio Grande do Sul, ao menos, não é o que ocorre na prática. Isso porque a Constituição Estadual atribui ao Tribunal tão somente a apreciação das ações de segurança ajuizadas contra atos de outras autoridades, entre elas o governador do estado⁴⁵, mas não de prefeitos, sendo hodiernamente determinada a impetração perante o juízo da comarca com jurisdição sobre o município⁴⁶.

Nesse sentido, definido o órgão de julgamento, o local onde é exercitado o múnus público fixa a competência territorial, uma vez que seja o juízo de primeiro grau o órgão com jurisdição sobre o caso (LOPES, 2004, p. 58-59).

Outra questão que não se pode olvidar são as chamadas exceções ao cabimento do mandado de segurança. Não bastassem as restrições explícitas apontadas no art. 5º da lei básica do *writ*, há ainda exclusão quanto a certos atos emanados do Poder Legislativo. Eis as hipóteses.

O art. 5º, inciso I, da lei básica, assim como já previa a lei sucedida, prevê não ser cabível a impetração do *writ* contra “ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução”. A vedação parece ajustar-se razoavelmente ao ordenamento jurídico, já que a parte impetrante depende da existência de interesse processual – condição inerente a qualquer ato processual – em sua demanda a fim de justificar o pedido de um provimento judicial. Se foi interposto recurso que suspendeu a eficácia do ato coator, não se pode falar em necessidade de um provimento judicial especializado como o mandado de segurança. Hely Lopes Meirelles (2003, p. 42-43) faz a oportuna ressalva, nessa linha, de que a ação ou omissão lesiva tem de estar suspensa pelo efeito do recurso para incidir a vedação, deve o ato encontrar-se *inexequível*. Dessa forma, cabível será o *mandamus* se a Administração procrastinar a apreciação quanto à atribuição do dito efeito suspensivo ao recurso. Enfim, a exceção tem

41 “ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. ARGÜIÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. REJEITADA. MATÉRIA DE CUNHO ADMINISTRATIVO. APRECIÇÃO PELA JUSTIÇA COMUM. LICENÇA PARA EXERCÍCIO DE ATIVIDADE POLÍTICA. CONCEITO DE ‘AUTORIDADE POLICIAL’. NÃO APLICABILIDADE DA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE (LEI N. 4.898/1965). DESINCOMPATIBILIZAÇÃO. PRAZO. LEI COMPLEMENTAR N. 64/1990. [...] 2. Conforme a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, em sede de mandado de segurança, a competência para julgamento da lide é definida em função da categoria da autoridade coatora, sendo irrelevante, salvo as exceções constitucionais, a natureza da controvérsia” (STJ, REsp n. 890.883/GO, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 28.9.2010, *DJe* de 18 out. 2010).

42 A competência para o julgamento do *writ* na CF é regulada nos arts. 102, I, *d* (STF); 105, I, *b* (STJ); 108, I, *c* (TRFs); 109, VIII (juízes federais); 114, IV (Justiça do Trabalho), e 121 (Justiça Eleitoral).

43 Art. 125, § 1º, CF.

44 Para Hely (2003, p. 57), o prefeito é efetivamente réu (impetrado) na ação de segurança, fazendo coro com aqueles que veem na autoridade coatora o legitimado passivo dessas ações. A questão da legitimidade passiva é tratada adiante no texto.

45 “Art. 95. Ao Tribunal de Justiça, além do que lhe for atribuído nesta Constituição e na lei, compete: [...] XII - processar e julgar: [...] b) os mandados de segurança, os *habeas data* e os mandados de injunção contra atos ou omissões do Governador do Estado, da Assembléia Legislativa e seus órgãos, dos Secretários de Estado, do Tribunal de Contas do Estado e seus órgãos, dos Juízes de primeira instância, dos membros do Ministério Público e do Procurador-Geral do Estado”.

46 “MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. EXONERAÇÃO. ÍLEGITIMIDADE PASSIVA DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. DECADÊNCIA EM RELAÇÃO AO ATO DO TCE. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ATO DO PREFEITO MUNICIPAL DE GRAVATAL. AUSÊNCIA DE FORO PRIVILEGIADO EM DECORRÊNCIA DE PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. [...] 3. É competente o juízo de primeiro grau para processar e julgar mandado de segurança contra ato de prefeitos municipais, tendo em vista que estes não possuem foro privilegiado por prerrogativa de função. Mandado de segurança extinto, sem resolução de mérito, em relação ao presidente do TCE. Competência do juízo de 1º grau em relação ao prefeito” (TJRS, MS n. 70027509827, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. em 15.5.2009).

apenas a finalidade de impedir a ação judicial que visa afastar perigo ou lesão já embargada pelo recurso administrativo, o que é natural.

No art. 5º, inciso II, o legislador pretendeu abrandar a vedação antes existente na revogada Lei n. 1.533/1951, mantendo o não cabimento da ação de segurança em face de decisões judiciais recorríveis. Sem embargo, abrandou a restrição para dela excluir a impetração contra decisão da qual caiba recurso não dotado de efeito suspensivo pela lei. Em que pese a nobreza de seu intento – evitar lesão a direitos do recorrente decorrentes da demora no julgamento de seu recurso –, a modificação peca por ignorar a complexidade do sistema recursal do processo civil brasileiro e os mecanismos atualmente previstos para a suspensão de decisões pela instância revisora, especialmente aqueles que se traduzem nos poderes conferidos ao relator do recurso. Por outro lado, bem observados os preceitos constitucionais da segurança jurídica⁴⁷, efetividade⁴⁸ e celeridade processual⁴⁹. Não seria adequado conferir ao mandado de segurança *status* de sucedâneo recursal, até mesmo porquanto essa nunca foi sua finalidade. Dessa forma, a fim de ajustar a vedação ao restante do sistema jurídico, há de se manter o entendimento segundo o qual a impetração só se faz possível, na hipótese, em face de decisões judiciais impugnáveis mediante recurso não dotado de efeito suspensivo, uma vez que se trate de decisão flagrantemente ilegal ou teratológica (AURELLI, 2002, p. 117)⁵⁰. Essa parece ser, ademais, a atual orientação do Superior Tribunal de Justiça⁵¹.

Ainda, consta do art. 5º, inciso III, a vedação em face de “decisão judicial transitada em julgado”, o que só veio a introduzir na legislação o que já fora sumulado pelo STF (Súmula n. 268: “Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado”). Trata-se de solução que se coaduna com a necessidade de estabilidade jurídica das decisões judiciais (FERRARESI, 2010, p. 33).

Tem-se, também, o problema da impetração em face de atos legislativos. Em verdade, a hipótese diz com o ajuizamento do mandado de segurança contra “lei em tese”, já examinada perfunctoriamente na subseção anterior, ou seja, como a violação ao direito atacável pela via estudada só pode verificar-se em face de uma lesão ou hipótese de lesão concreta, o ato normativo (legislativo ou administrativo) que tenha as características da generalidade e abstração não pode ser impugnado pela via do *writ* nem mesmo preventivamente (BARBI, 2000, p. 91). Sendo a lei específica e concreta, contrário será o entendimento.

Por fim, oportuno fazer alusão a uma questão importante referente ao cabimento do *mandamus*. Questiona-se sobre a possibilidade de se pleitearem, na própria ação de segurança, os efeitos patrimo-

47 A propósito, COUTO E SILVA, 2004, *passim*.

48 Art. 5º, inciso XXXV, da CF. A respeito, MENDONÇA JÚNIOR, 1999.

49 Art. 5º, inciso LXXVIII, da CF.

50 Decisão teratológica é a decisão “monstruosa”, completamente desarrazoada e desproporcional. Após as reformas realizadas no CPC pelas Leis n. 9.139/1995 e 10.352/2001, permitindo ao relator a atribuição de efeito suspensivo aos recursos, bem como o deferimento de tutelas de urgência, diminuíram e muito as hipóteses de cabimento do MS contra atos judiciais. Contudo, é verdade que existem autores que ainda defendem algumas outras hipóteses de cabimento além daquela citada no texto, por exemplo, nos casos em que a lei preveja a irrecorribilidade de decisão que possa causar dano irreparável à parte (FUX, 2010, p. 40-41).

51 “DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO À DECISÃO MONOCRÁTICA DE MINISTRO DO STJ CONFIRMADA EM AGRAVO REGIMENTAL PELA TURMA. SÚMULA N. 267 DO STF. COMO REGRA, INCABÍVEL A VIA DO *MANDAMUS* PARA IMPUGNAR ATO JURISDICIONAL DESTA CORTE OU DE SEUS MINISTROS. TERATOLOGIA. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL. AGRAVO IMPROVIDO. [...] 4. Por outro, esse entendimento tem sido mitigado para viabilizar a impugnação por meio de mandado de segurança, conquanto exista ato teratológico ou de flagrante ilegalidade, o que não ocorre na hipótese dos autos. 5. Agravo regimental não provido” (STJ, AgRg no MS n. 15.367/PA, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, j. em 6.10.2010, *DJe* de 8 nov. 2010).

niais decorrentes da declaração da ilicitude do ato da autoridade coatora. O ponto havia sido bem amarrado pela jurisprudência anterior à Lei n. 12.016/2009, que interpretava os termos da Lei n. 1.533/1951 e, principalmente, da Lei n. 5.021/1966. Segundo o que constava do art. 1º desta, seria permitido aos servidores públicos em geral pleitear apenas os efeitos patrimoniais da sentença em MS que vencessem a contar da data do ajuizamento da ação. E, nesse sentido, se orientavam os tribunais com relação à generalidade dos demais casos⁵². Produziram-se duas súmulas (no STF) pertinentes à hipótese: a de n. 269, segundo a qual “o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança”, e a de n. 271, que dispõe que a “concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”.

O preceito da Lei n. 5.021/1966 foi mantido no art. 14, § 4º, da nova legislação, o que autoriza a manutenção do entendimento acima exposto. Acertada a orientação, que poderia ser, inclusive, mais restritiva quanto aos efeitos patrimoniais posteriores ao ajuizamento, uma vez que o mote da ação estudada é “afastar ou impedir lesão a direito líquido e certo”, não propriamente recompor o patrimônio do sujeito ativo⁵³; visa a uma tutela inibitória e não ressarcitória. O regime especial de processamento que lhe é atribuído se justifica exatamente na necessidade de estancamento rápido da ilegalidade, mas não há motivo algum para não se submeter a recomposição do patrimônio prejudicado às vias ordinárias. Nesse caso, uma vez que a relação jurídica angulada no *writ* seja objeto de declaração na sentença, apesar de não poder ser prontamente executada como título judicial líquido, certo e exigível, estará ela acobertada – transitando em julgado o *mandamus* –, em nosso sentir, pelo manto da coisa julgada, limitando-se a discussão, em eventual nova ação, à liquidação da obrigação, inclusive quanto às parcelas pretéritas ao ajuizamento da ação de segurança⁵⁴.

Pois bem, antes de iniciar o exame do rito processual do MS, deve-se destacar a importante controvérsia que ainda grassa na doutrina sobre o órgão legitimado a integrar o polo passivo da ação: se a autoridade coatora ou a própria entidade da qual faz parte. Há consistentes argumentos de ambos os lados⁵⁵. A jurisprudência, efetivamente, não adentrou os fundamentos da questão, limitando-se ora a afirmar a primeira hipótese, ora a segunda, conforme mais conveniente ao caso. Assim é que admite a primeira nos casos de impetração em face da autoridade coatora equivocada⁵⁶ e a segunda quando restringe o

52 “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. [...] 4. Mandado de Segurança preventivo para assegurar efeitos patrimoniais relativamente a período pretérito. Impossibilidade. Súmula n. 271 do STF. Agravo regimental em recurso extraordinário não provido” (STF, RE n. 247.520 AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, j. em 20.6.2000, DJ de 21 nov. 2003, p. 00020, Ement. Vol. 02133-04, p. 00708).

53 Os tribunais vêm reconhecendo o direito a executar, no próprio *mandamus*, pela via dos precatórios, no caso de condenação da Fazenda Pública, os valores devidos em decorrência do ato coator desde a impetração até a concessão da segurança. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO. VERBAS PRETÉRITAS. PRECATÓRIO. I - As vantagens pecuniárias compreendidas no período da impetração até a concessão da respectiva segurança devem ser apuradas em liquidação de sentença, com submissão posterior ao sistema do precatório. Precedentes do STJ” (STJ, AgRg no REsp n. 835.323/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 12.6.2007, DJ de 29 jun. 2007, p. 699).

54 No sentido indicado, decisão do TRF da 1ª Região: “ADMINISTRATIVO. PAGAMENTO DE ATRASADOS EM DECORRÊNCIA DE DIREITO RECONHECIDO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDÊNCIA. 1 - Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito. 2 - Todavia, esse entendimento não impede que o impetrante reclame o pagamento dos atrasados pela via administrativa ou pela via judicial própria, hipótese em que a ação ordinária torna-se uma mera execução da sentença concessiva do *mandamus*. 3 - Apelo provido. 4 - Sentença reformada” (TRF1, AC n. 90.01.17105-2/DF, Rel. Juiz Plauto Ribeiro, Primeira Turma, DJ de 1º jul. 1993, p. 26060). Extraí-se do voto do relator: “[...] existindo coisa julgada, a ação ordinária se torna uma simples execução da sentença concessiva do *writ*”. Nesse sentido, é a lição de Mauro Luís Rocha Lopes (2004, p. 93): “Quando o mandado tiver sido concedido, por decisão transitada em julgado, mas tenha o impetrante de propor ação para exigir parcelas vencidas anteriormente à impetração, não poderá a entidade pública, na ação de cobrança posterior, pretender rediscutir matéria coberta pelo manto da coisa julgada”.

55 Pela legitimidade da autoridade coatora, vide MENDES, pela legitimidade do ente integrado pela autoridade coatora, vide LOPES, ambos em BUENO; ALVIM; WAMBIER, 2002, p. 461 et seq. e 410 et seq.

56 “PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA POLÍTICA. PENSÃO MILITAR. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. LEI N. 10.559/2002. ISENÇÃO. AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. 1. O Ministro de Estado da Defesa e os Comandantes das Forças Armadas não detêm legitimidade passiva nos mandados de segurança em que se discute o desconto do imposto de renda sobre proventos e pensões militares. Precedentes da Seção. 2. Mandado de segurança extinto sem resolução do mérito” (STJ, MS n. 12.198/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, j. em 23.5.2007, DJ de 11 jun. 2007, p. 257).

manejo de eventual recurso à pessoa jurídica⁵⁷, bem como quando lhe atribui os ônus sucumbenciais em caso de concessão da segurança⁵⁸.

Acertada, ao que parece, a posição de João Batista Lopes e outros⁵⁹ quando asseveraram que a autoridade coatora não pratica atos em nome próprio; a ação ou omissão atacada pela via do MS é do próprio organismo que compõe, respondendo este pela pretensão judicial (LOPES, 2002, p. 416-417). Mais do que isso, as informações que presta o agente público no curso da ação (art. 7º, I) não teriam a natureza de contestação apregoada⁶⁰, mas de meio de prova que auxilia o magistrado na tomada de decisão. Não caberia à autoridade, nesse sentido, defender o ato praticado, mas apenas informar sobre a veracidade dos fatos e trazer à baila os motivos que lhe deram suporte jurídico à conduta adotada, auxiliando na formação do convencimento do juiz (DIDIER JÚNIOR, 2002, p. 370-377).

A nova lei veio confirmar o entendimento acima defendido, já que, ao despachar a inicial, atualmente, deve o juiz, concomitantemente a outras providências, dar “ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito”, o que é o mesmo que citá-la para fins de defesa⁶¹.

A celeridade inerente ao mandado de segurança justifica a sumariedade do seu rito. Agora, por força da Lei n. 12.016/2009, a pessoa jurídica integrante do polo passivo do *writ* deverá ser cientificada (citada) para, se for o caso, apresentar defesa, tarefa esta que não é, nem nunca foi, incumbência da autoridade coatora, permitindo-se ao impetrado vir aos autos contestar a ação, exercer seu direito de defesa pelos variados meios que lhe são dispensados, como pelo recurso ou pelo pedido de suspensão, conforme será visto adiante.

Dito isso sobre a legitimidade passiva para a ação do *mandamus*, passa-se ao seu rito processual propriamente dito (que será visto aqui em seus passos principais), que é basicamente aquele descrito na Lei n. 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança), aplicado subsidiariamente o Código de Processo Civil⁶². Impetrada, a petição inicial deve obedecer aos requisitos previstos no CPC (arts. 282 e 283), conforme o art. 6º, *caput*, da referida lei, com a ressalva de que os documentos a ela juntados deverão ser reproduzidos por cópia e acompanhar a segunda via do protocolo (destinada à notificação da autoridade coatora).

O prazo para o ajuizamento do *writ* é decadencial⁶³ e de cento e vinte dias (art. 23). A (in)constitucionalidade desse prazo (e mesmo da fixação de qualquer requisito temporal ao exercício da ação) já foi

57 “RECURSO ORDINÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCESSÃO DA ORDEM – RECURSO ORDINÁRIO INCABÍVEL – ILEGITIMIDADE RECURSAL DA AUTORIDADE COATORA – RECURSO NÃO CONHECIDO. [...] 2. A autoridade coatora não possui legitimidade recursal no mandado de segurança, pois sua competência cessa com a apresentação das informações. Precedentes do STF. 3. Recurso não conhecido” (STJ, RMS n. 12.721/AL, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, j. em 31.5.2005, DJ de 1º ago. 2005, p. 552).

58 “TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. PORTARIA N. 383/1999. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. ILEGALIDADE. [...] 4. Sendo o próprio ato o impugnado no mandado de segurança, descabe a condenação da autoridade coatora no pagamento de custas processuais” (TRF4, AMS n. 2000.04.01.114467-1, Segunda Turma, Rel. Sérgio Renato Tejada Garcia, DJ de 16 jul. 2003).

59 Celso Agrícola Barbi, Seabra Fagundes, Castro Nunes e Themístocles Cavalcanti, conforme o citado autor (LOPES, 2002, p. 411).

60 Segue essa linha SILVA, 2000, p. 379.

61 A controvérsia, após o advento da Lei n. 12.016/2009, apenas aumentou. No sentido esposado, vide MORAIS, 2010, p. 216.

62 Sobre a aplicação subsidiária do CPC ao rito do MS, vide subseção 1.1.2.

63 Sobre a diferença ontológica entre prescrição e decadência, leia-se o antigo, mas atual, AMORIM FILHO, 1961, p. 30-49.

objeto de alguma discussão no meio jurídico, tendo sido pacificada a controvérsia pela Súmula n. 632 do STF, que o chancelou⁶⁴. Conta-se da data em que o interessado tiver conhecimento oficial da ação ou omissão coatora. Assim, o prazo não corre enquanto o ato não for completo, operante e exequível, ou seja, enquanto não se tornar apto “a produzir lesão ao direito do impetrante” (MEIRELLES, 2003, p. 52).

É cabível pedido de tutela de urgência (cautelar ou antecipatória⁶⁵) em mandado de segurança, nos termos do art. 7º, inciso III, da Lei do Mandado de Segurança, cujos requisitos ali previstos são, ao que parece, os mesmos *fumus boni iuris* e *periculum in mora* do art. 237 do CPC⁶⁶. Contudo, consoante restrições impostas nas leis extravagantes, não será requerível esta tutela em situações específicas, conforme as limitações previstas na legislação anterior e agasalhadas pela Lei n. 12.016/2009 no § 2º de seu art. 7º. Conforme preceitua o parágrafo, “não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos” e, ainda, para conceder o “aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza”. A maioria da doutrina inquina de inconstitucionais tais dispositivos⁶⁷.

Há, nesse passo, uma peculiaridade relativa exclusivamente ao mandado de segurança coletivo, imposta pelo art. 22, § 2º, da Lei n. 12.016/2009, que incorporou o art. 2º da Lei n. 8.437/1993, qual seja, a necessidade de intimação do representante judicial da pessoa jurídica ré antes da decisão, que terá prazo de 72h para se manifestar sobre a postulação *in limine*. Como bem salienta Nelson Nery Junior (2006, p. 1310), tal disposição deve ter interpretação conforme a Constituição, uma vez que a necessidade de formação prévia do contraditório nunca poderá servir de obstáculo à prolação de um provimento jurisdicional urgente e absolutamente necessário à garantia do acesso à justiça.

Mesmo antes de apreciar o pedido de tutela de urgência, se julgar oportuno, como já referido anteriormente (subseção 1.1.1), em caso de o documento necessário à comprovação do direito líquido e certo se encontrar em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo, o juiz poderá ordenar a sua exibição em juízo (art. 6º, § 1º, Lei do MS).

Da mesma forma, no mesmo despacho inicial, o juiz ordenará que se notifique a autoridade coatora, por ofício, para que, no prazo de 10 dias, preste as informações que entender necessárias sobre o ato impugnado (art. 7º, I). As informações, como já sustentado, constituem-se em meio de prova, não se atribuindo a pena de revelia à entidade ré em caso de sua não apresentação habilmente (sem prejuízo de eventuais penalidades imponíveis ao agente público pelo descumprimento da requisição)⁶⁸.

64 Súmula n. 632 do STF: “É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança”. Com efeito, na esteira da ideia de que mesmo os direitos fundamentais não são absolutos, é razoável a fixação de um prazo ao manejo do *writ*, porque é da sua própria natureza ser uma providência urgente. O transcurso de 120 dias da lesão ao direito indica, justamente, a inexistência dessa urgência. A questão é bem dirimida pelo Ministro do STF Celso de Mello no julgamento do RMS n. 21.364-7/RJ. Entende, contudo, inconstitucional a restrição temporal ao exercício da ação mandamental DIAS, 1992, p. 180-183.

65 Conforme lição de Eduardo Pellegrini Alvim (2002, p. 249).

66 A doutrina majoritária vai de encontro a este entendimento. No sentido proposto, “MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO – II. MEDIDA LIMINAR PARA A EXTENSÃO DE BENEFÍCIO FISCAL CONCEDIDO PELA RESOLUÇÃO CAMEX N. 39/2010 E PELA PORTARIA SECEX N. 11/2010 PARA OS PRODUTOS DE CLASSIFICAÇÃO NCM 4810.13.90 – EX 001. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO (*PERICULUM IN MORA*). LIMINAR INDEFERIDA. 1. A concessão de medida liminar em mandado de segurança reclama a demonstração do *periculum in mora*, que se traduz na urgência da prestação jurisdicional no sentido de evitar a ineficácia do provimento final, ou perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, bem como a caracterização do *fumus boni iuris*, ou verossimilhança, consistente na plausibilidade do direito alegado. [...] 3. Agravo regimental não provido” (STJ, AgRg no MS n. 15.443/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, j. em 22.9.2010, *DJe* de 5 out. 2010).

67 Sobre o tema, DANTAS, 2010, p. 139-141.

Nessa vertente, não há a necessidade de que a notificação seja pessoal, como já assentou a jurisprudência⁶⁹.

Após, é dada vista ao Ministério Público para que se pronuncie (art. 12). É de se destacar a posição, com a qual concordamos, que sustenta a desnecessidade de manifestação ministerial em todo e qualquer feito de mandado de segurança, mas apenas naqueles casos em que haja relevante interesse social (ou público primário) a permear a causa (LOPES, 2004, p. 64). Trata-se da única forma de bem recepcionar a norma na Carta Federal, da qual constam as novas funções atribuídas ao Ministério Público (art. 127, *caput*)⁷⁰. Todavia, a jurisprudência vem entendendo nula a decisão proferida em processo sem manifestação anterior do MP, que deve estar presente, ao menos, para externar sua ausência de interesse jurídico no feito (MEIRELLES, 2003, p. 63).

Concluso o processo, o juiz pronunciará a sentença (art. 12, parágrafo único). Tanto a decisão liminar quanto a terminativa são imediatamente (ainda que de forma provisória) exequíveis pela própria natureza do mandado de segurança de proporcionar uma resposta rápida ao ato coator. Todos os meios de coerção e sub-rogação necessários, por força do § 5º do art. 461 do CPC, podem ser utilizados no intuito de dar efetividade à ordem jurisdicional, inclusive a multa (*astreinte*) ao agente público responsável pela sua implementação⁷¹. A sua comunicação é feita de forma direta à autoridade coatora, prioritariamente mediante ofício (art. 13).

Além do possível enquadramento da conduta de descumprimento do mandado como crime de desobediência (art. 330, CP)⁷² ou como infração administrativa, o magistrado poderá aplicar, ainda, multa processual ao responsável (art. 14, parágrafo único, CPC), apesar de esta ser exequível apenas com o trânsito em julgado da ação⁷³. A possibilidade de imposição destas sanções diretamente ao agente administrativo deriva, como vimos, da natureza mandamental e única do *writ*.

Julgado o mérito do mandado de segurança, ou seja, vencido o pressuposto processual de cabimento da prova pré-constituída (*rectius*: do direito líquido e certo), e concedida ou negada a segurança, a decisão faz coisa julgada, impedindo inclusive a rediscussão da matéria, não só por novo *mandamus*, mas também nas vias ordinárias. Extinto o processo sem resolução de mérito, inclusive pela ausência de prova de direito líquido e certo, a

68 “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INFORMAÇÕES INTEMPESTIVAS. AUSÊNCIA DE REVELIA. FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DE PRODUTOS FLORESTAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE A QUANTIDADE DE MADEIRA DECLARADA E O ESTOQUE EM PÁTIO. SUSPENSÃO DA LICENÇA OPERACIONAL ANTES CONCEDIDA À EMPRESA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. I - Segundo assente na jurisprudência desta colenda Corte, ‘a intempestividade das informações prestadas pela autoridade apontada coatora no mandado de segurança não induz a revelia, uma vez que ao impetrante cumpre demonstrar, mediante prova pré-constituída dos fatos que embasam a impetração, a ocorrência do direito líquido e certo’ (STJ, RMS n. 11.571/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ de 23 out. 2000). [...]” (STJ, RMS n. 26.170/RO, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, j. em 4.12.2008, DJe de 15 dez. 2008).

69 “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. NOTIFICAÇÃO PESSOAL DA AUTORIDADE COATORA. DESNECESSIDADE. [...] 1. Em mandado de segurança não há exigência legal de que a notificação ao impetrado, para que preste informações, seja feita em caráter pessoal. [...] 4. Apelação e remessa desprovidas” (TRF1, AMS n. 94.01.34353-5/DF, Rel. Juiz José Henrique Guaracy Rebêlo (conv.), Primeira Turma Suplementar (inativa), DJ de 21 jan. 2002, p. 535).

70 Acredita-se que essa linha de entendimento esteja correta mesmo no caso da ação coletiva de segurança. Apesar do disposto no art. 5º, § 1º, da Lei da Ação Civil Pública (“O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei”), que tem aplicação subsidiária (conforme o caso, vide subseção 1.2.1) ao mandado de segurança coletivo, e de posições bem fundamentadas em contrário, percebem-se hipóteses em que, mesmo em se tratando de tutela de direitos coletivos *lato sensu*, não se evidenciará interesse social que legitime a intervenção do MP na causa. Assim como se deu em relação ao *writ* individual por muito tempo, em cujo processo a intervenção do *Parquet* foi considerada peremptória por muitos, mesmo após a Constituição de 88, o próprio processo coletivo – figura recente no bojo da cultura jurídica – poderá passar pelo mesmo fenômeno. Apenas na proteção do procedimento coletivo em si ou na atividade de controle dos atos administrativos (*idem* na segurança individual) não se verifica o interesse social que justificaria a atuação do Ministério Público no feito; o interesse deverá estar contido, isto sim, na tutela de dado direito difuso ou coletivo (vide seção 2.1). Dito isso, percebe-se que a tutela de direitos transindividuais pode não se encontrar permeada por relevante (qualquer demanda guarda em si alguma relevância à sociedade) interesse social, como, por exemplo, em mandado de segurança coletivo promovido por uma associação de condôminos para ver afastada a constituição pelo Poder Público de servidão ilegal em sua propriedade.

71 A propósito da execução em mandado de segurança, leia-se o percuciente texto de Marcelo Lima Guerra (2002, p. 603-654).

72 Antes do advento da Lei n. 12.016/2009 havia discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do enquadramento do descumprimento da ordem como crime de desobediência (art. 330, CP) ou de prevaricação (art. 319, CP). Estávamos com a segunda opção, porquanto o crime de desobediência, em tese, só poderia ser praticado por particular ou agente público quando este não agisse em razão da sua função; entretanto a nova lei, lícitamente, pôs pá de cal sobre o problema. A propósito, vide DECOMAIN, 2009, p. 561-567.

73 “MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO PÚBLICO NÃO-ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA SAÚDE. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. APLICAÇÃO DE MULTA À AUTORIDADE COATORA. [...] Aplicação de multa à autoridade coatora, nos termos do art. 14, inciso V e parágrafo único, do CPC. Ordem concedida” (TJRS, MS n. 70016607699, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, j. em 1º.12.2006). Sobre o momento em que se torna exigível a multa processual, LOPES, 2004, p. 90.

ação sumária pode ser reproposta (observado o prazo decadencial de 120 dias) ou mesmo ajuizada outra espécie de ação⁷⁴.

Por derradeiro, serão analisados os meios de impugnação das decisões judiciais proferidas no processo do *mandamus*. Em matéria de recursos propriamente ditos, já houve controvérsia jurisprudencial e doutrinária acerca da possibilidade de interpor-se recurso de agravo de instrumento das decisões interlocutórias, inclusive liminares, prolatadas em MS. Entretanto, com o advento das alterações em matéria recursal efetivadas no CPC e pela própria Lei n. 12.016/2009, é hoje questão pacificada. A sentença, a seu turno, é recorrível pela via da apelação (art. 14, *caput*, Lei do MS). Fica sujeita, também, ao reexame necessário, embora, como visto, possa ser executada provisoriamente (art. 14, § 3º). A atribuição de efeito suspensivo aos recursos, impedindo-se a execução suprarreferida, pela aplicação subsidiária do CPC à Lei do MS, se faz possível, desde que configurados os requisitos do art. 558 do *Codex* (ALVIM, 2002, p. 252).

Outro meio de impugnação, muito peculiar, originalmente afeto à ação de mandado de segurança, é o chamado “pedido de suspensão de segurança” (da liminar ou da sentença concedida), que favorece frontalmente a Administração Pública. É a hipótese trazida no art. 15 da Lei do MS:

Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

Não se trata de recurso e tem tramitação autônoma em face de agravo ou apelação interposta (ALVIM, 2002, p. 255). Indeferido o pedido ou provido o agravo proposto para impugnar a decisão que suspendeu a segurança, acima descrito, ainda cabe novo pedido ao presidente do STJ ou STF, conforme o caso (§ 1º do citado artigo).

Discorda-se, contudo, do posicionamento atual do STF segundo o qual, deferido o pedido de suspensão de liminar, fica esta decisão em vigor até o trânsito em julgado da sentença proferida no mandado de segurança ou até o julgamento de eventual recurso extraordinário⁷⁵. A tese é a de que os motivos que autorizam o deferimento da suspensão são eminentemente “políticos” e que a prolação de sentença não teria o condão de alterá-los (ALVIM, 1998, p. 199-200). Ora, a decisão de suspensão tem por foco outra decisão cuja amplitude de análise é não exauriente, em seara de cognição sumária. Proferida

74 A propósito, MEIRELLES, 2003, p. 107-109, e LOPES, 2004, p. 10-13 e 92-93.

75 Súmula n. 626 do STF: “A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração”.

sentença, com cognição plenária, parece que aquela não tem mais valor algum. Nada impediria, por óbvio, novo pedido de suspensão, agora da sentença⁷⁶.

Ainda que de espectro variável, tendo em vista a amplitude dos termos colocados no artigo citado, trata-se, ao que parece, de conceitos *jurídicos* que não podem ser examinados de forma descompassada com a natureza da tutela jurisdicional exercitada, perfunctória na liminar e profunda na sentença, pelo juiz sobre os fatos. A possível existência de “lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas” é apenas um dos elementos necessários ao descobrimento da licitude ou ilicitude da conduta do impetrado pelo magistrado, que deve examinar o ordenamento sistemicamente antes de decidir. Seu entendimento será variável conforme o nível de cognição operado, não havendo decisão judicial “fora do Direito”. O trânsito em julgado da decisão ou o julgamento de recurso extraordinário não teriam o condão de tornar jurídica a mencionada lesão; ou ela existe (há ilicitude), indeferindo o julgador o pleito por esta razão, ou ela não existe (há licitude), deferindo ele, nesse caso, a segurança.

1.2 Características especiais do mandado de segurança coletivo

Pois bem, foram vistas as características comuns aos mandados de segurança individual e coletivo, competindo agora analisar as características distintivas da ação coletiva. Como salientado alhures, as citadas ações dirigem-se à proteção de dois direitos líquidos e certos distintos. A primeira diz com a tutela de direitos individuais, a segunda, com a tutela de direitos transindividuais. Assim sendo, o devido processo legal nesta hipótese demandará que a ação correspondente obedeça a requisitos e procedimentos especiais, não previstos na ação individual, que atendam a essa necessidade. Assim é que, na ação coletiva, institutos como a assistência, o litisconsórcio, a litispendência, a legitimação ativa e os limites subjetivos da coisa julgada terão de ser tratados com singularidade (REMÉDIO, 2002, p. 497).

Para além do dimensionamento do próprio objeto focado no MSC, o que por si só demandará grande esforço analítico, examinar-se-á como se verificam, no âmbito desta ação, a legitimidade *ad causam* para sua impetração e os limites subjetivos da coisa julgada. Dessa forma, somando essas considerações às disposições fundamentais já vistas sobre o mandado de segurança, entende-se estar propiciando ao leitor os contornos jusfundamentais do *writ* coletivo.

Sob o ponto de vista propedêutico, entretanto, é oportuno questionar quais normas de direito processual civil coletivo servirão de suporte jurídico ao trato dessas questões diferenciadas.

⁷⁶ Nesse sentido, Marcelo Abelha Rodrigues (2005, p. 203-204) leciona sobre o tema: “Assim, queremos dizer que, se o pedido de suspensão de execução é de uma sentença, decerto que não poderá servir para que se prolongue para depois de um acórdão que julga um recurso de apelação. Trata-se de realidades distintas que não podem ser baralhadas por quem faz uso do dispositivo legal. Ratificando essas idéias preliminares, vemos que, se o pedido foi de suspensão de execução de uma liminar concedida, não se pode pretender que a decisão positiva do presidente do tribunal se perpetue para além da existência da liminar, e, portanto, para além daquilo para o qual foi criado e devidamente utilizado. Se, por qualquer motivo, deixar de existir a liminar concedida ou ter perdido a sua eficácia (como no caso do MS e das medidas cautelares), o incidente terá, como se diz na linguagem forense, *perdido o seu objeto*, que na verdade corresponde a típico caso de perda superveniente do interesse de agir, recaindo o ônus para o legitimado postular novamente a medida nos casos em que a lei admite, só que dessa vez com novo objeto: suspender a execução da *sentença*”.

1.2.1 Regulação normativa das questões de direito processual civil coletivo

Os únicos três dispositivos, hoje, constantes do ordenamento jurídico brasileiro que se destinam expressa e tão somente ao mandado de segurança em seu viés coletivo são: a) aquele presente no próprio texto constitucional, art. 5º, inciso LXX, que traça a legitimidade de impetração de partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe e associações, b) o art. 21 da Lei n. 12.016/2009, que, além de repetir a Constituição, define o objeto da impetração coletiva, e c) e o art. 22, que dispõe sobre os limites subjetivos da coisa julgada, a inexistência de litispendência com ações individuais e a já examinada necessidade de prévia intimação da parte ré a fim de que se manifeste sobre eventuais pedidos liminares.

Por outro lado, as disposições atinentes, em geral, ao mandado de segurança e aplicáveis ao *mandamus* coletivo, vistas na subseção 1.1.2, não têm por finalidade fazer frente às suas particularidades como ação coletiva. Diferentemente do que ocorre com a ação civil pública *stricto sensu*, que possui em seu favor, por expressa disposição legal, todo um microsistema jurídico formado pelas Leis n. 7.347/1985⁷⁷ e 8.078/1990⁷⁸ a balizar os respectivos aspectos de direito processual civil coletivo, o mandado de segurança coletivo não teve a mesma sorte.

Assim, os autores (PASSOS, 1989, p. 58; BASTOS, 2007, p. 86 e 194; DINAMARCO, 2002, p. 695-696; ZAVASCKI, 2006, p. 219-222) vêm entendendo que, na falta de comandos específicos que supram essa carência, o MSC deve ser regulado, nessas questões, pelas disposições referentes às demais ações coletivas, recorrendo-se à analogia (art. 4º, LINDB). Por força do que dispõe o art. 21 da Lei da Ação Civil Pública cominado com o que estabelece o art. 90 do Código de Defesa do Consumidor (vide notas de rodapé), o microsistema de ações coletivas formado pelas referidas leis tem aplicação subsidiária ao *mandamus* coletivo.

Anote-se, contudo, que, assim como a aplicação das disposições “genéricas” da Lei n. 12.016/2009 ao mandado de segurança coletivo deve ser operada com cuidado sob pena de atentar-se contra a natureza da ação coletiva mandamental, a aplicação do mencionado conjunto de normas, por analogia, também se deve dar observando-se, agora, a sua peculiaridade, que não é a mesma da ação civil pública ou da ação coletiva de reparação de danos, orientadas que são por princípios diversos. Assim, nem sempre o quanto previsto na Lei n. 7.347/1985 e na Lei n. 8.078/1990 será imediatamente extensível, sem as necessárias ponderações, ao *writ* coletivo.

⁷⁷ “Art. 21. 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”.

⁷⁸ “Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.

1.2.2 Legitimidade ativa (introdução)

A diferença mais elementar que decorre desta transição de foco que se observa do mandado de segurança individual ao seu congêneres coletivo é a que diz com a forma de postulação dos direitos objeto de tutela. Enquanto no primeiro opera-se plenamente o raciocínio jurídico de que ao titular do direito material assiste um outro correspondente a uma ação por intermédio da qual lhe é facultado buscar sua proteção, no segundo, tal *ratio* não tem fácil aplicação. É que, como se poderá perceber no próximo capítulo desta obra, os direitos transindividuais não têm sua titularidade reconduzível a este ou àquele *indivíduo*, mas a todo um grupo ou *coletividade* de indivíduos. E, sendo assim, a quem será legítimo ir a juízo reclamar eventual prestação jurisdicional em sua defesa? Teriam todos de ir conjuntamente reclamar a intervenção judicial? Tal hipótese não seria, ao mais das vezes, verossímil ou concretizável na prática. Dessa forma, abriu-se espaço para a criação de um instrumento processual que possibilitasse a alguém exercer esta prerrogativa de ir a juízo em nome dos demais.

E ele efetivamente foi criado. De origem alemã, o instituto da substituição processual foi aperfeiçoado por Chiovenda, que, no direito processual, o explicou apresentando sua natureza distintiva do até então conhecido fenômeno jurídico da representação processual, da teoria clássica da ação, próprio da tutela de direitos individuais (o direito de ação correspondendo a um direito material). O representante processual age, segundo advertia, em nome de outro, em defesa do direito deste outro, que é parte no processo. Já o substituto processual também defende direito alheio, mas age em nome próprio, sendo ele mesmo parte no processo (CINTRA, 1972, p. 32)⁷⁹. Nessa linha, na representação, há correspondência entre os sujeitos da relação de direito material e de direito processual, o que não ocorre na substituição (CARVALHO, 1993, p. 81). À primeira hipótese, caso do mandado de segurança individual, corresponderia a legitimidade ordinária; à segunda, caso do mandado de segurança coletivo, a legitimidade extraordinária (SODRÉ, 2007, p. 91-92).

A técnica da substituição processual foi encampada pelo ordenamento brasileiro, que exige autorização legal à postulação de direitos alheios em nome próprio, conforme consta do art. 6º do Código de Processo Civil: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Alguns doutrinadores de renome, tais como José Carlos Barbosa Moreira (1969, *passim*), Nelson Nery Junior (1991, p. 34) e Ada Pellegrini Grinover (1991, p. 77), introduziram um debate acerca da natureza jurídica da legitimidade ativa em ações coletivas⁸⁰. Apesar destes estudos, o instituto da substi-

79 Segundo Ephraim de Campos Júnior (1985, p. 24), “Em síntese, ocorre substituição processual quando alguém, devidamente autorizado por lei, pleiteia, como autor ou réu, em nome próprio, direito (pretensão) alheio, estando o titular deste direito ausente da ação, como parte”.

80 Sobre ele, vide BASTOS, 2007, p. 110-114, e CARVALHO, 1993, p. 81-83. Sobre a classificação realizada por Grinover, que leva em conta a defesa de seus fins institucionais pelo autor da ação coletiva para atribuir-lhe legitimidade ordinária, assevera Lira de Carvalho: “Com redobrado perdão penso diferente. Para mim, basta um único argumento para recusar a intelecção dos consagrados doutrinadores acima nomeados: as pessoas elencadas no art. 5º, inciso LXX, da CF, mesmo que cuidem de temas institucionais, e ainda que ajuízem o mandado de segurança coletivo em nome próprio, estarão sempre manuseando interesses materiais de outras pessoas. Daí não ser possível vê-las como legitimadas ordinariamente para o *writ* em estudo, máxime porque não serão beneficiárias imediatas da concessão da segurança. Assim, v.g., o partido político de índole laboral que aforar um mandado de segurança coletivo objetivando impor a determinado município o pagamento do salário mínimo integral ao seu funcionalismo, estará lidando como direito material dos servidores municipais, e por isso será havido como *substituto processual* destes”.

tuição processual é bem aceito na doutrina⁸¹ e na jurisprudência⁸² como causa legitimante à assunção do polo ativo em demandas coletivas. Assim, quem demanda direito alheio em nome próprio, como parte no processo, desde que autorizado por lei, é substituto processual e possui legitimidade, *prima facie*, para integrar a ação.

No que tange ao mandado de segurança coletivo, o constituinte fez questão de fazer constar na CF que são substitutos processuais legitimados ao seu ajuizamento os partidos políticos, as organizações sindicais, as entidades de classe e as associações (art. 5º, LXX, *a e b*). Se este rol é taxativo (*rectius*: fechado) ou não, é questão fulcral tratada na seção 3.2.

Entretanto, impõe-se a dúvida: quem substitui? Posto de outra forma, quem está legitimado a substituir em juízo e em que medida, em defesa de que direitos? A *medida da legitimidade processual* de cada um dos substitutos dependerá precisamente da extensão da autorização legislativa, nos termos do art. 6º do CPC, a ele conferida nessa qualidade. E para que se possa saber que direitos podem demandar proteção judicial, ou seja, qual a “unidade de medida” dessa legitimação, é necessário definir quais são os direitos objeto das ações coletivas, ou melhor, quais são (e o que são) os direitos transindividuais.

1.2.3 Interesse do substituto processual

Não bastassem os pressupostos e condições habituais exigíveis às ações judiciais em geral e ao mandado de segurança, deve-se registrar que a impetração do *writ* coletivo sempre estará na dependência de existir interesse jurídico (direto) do substituto processual na produção do provimento jurisdicional almejado. Dependerá de se fazer presente o que a doutrina chama de *pertinência temática* entre o objeto da ação e as funções institucionais do substituto processual (SODRÉ, 2007, p. 100).

Assim, não basta que a lei preveja a hipótese de substituição; é necessário que a tutela jurisdicional requerida afeição-se com os vetores definidos em seus estatutos ou instrumentos de regência.

Veja-se a explanação do Professor Teori Albino Zavascki (2006, p. 213-214) sobre o assunto:

Porque para ajuizar qualquer demanda não basta que o autor detenha legitimidade. É indispensável que tenha também interesse, diz o art. 3º do CPC. Isso se aplica igualmente ao substituto processual, que há de ostentar interesse próprio, distinto e cumulado com o do substituído. Ora, esse interesse próprio, no caso de mandado de segurança coletivo, se manifesta exatamente pela relação de pertinência e compatibilidade

81 A título de exemplo, BARROSO, 2003, p. 201; OLIVEIRA, 1990, p. 147-148.

82 “1. LEGITIMAÇÃO PARA A CAUSA. ATIVA. CARACTERIZAÇÃO. SINDICATO. INTERESSE DOS MEMBROS DA CATEGORIA. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. ART. 8º, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INADMISSÍVEL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. O art. 8º, inciso III, da Constituição da República confere legitimidade extraordinária aos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam [...]” (STF, RE n. 213.974 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, j. em 2.2.2010, DJe-035, Divulg. 25-2-2010, Public. 26.2.2010, Ement. Vol. 02391-06, p. 01454, LEXSTF, v. 32, n. 375, 2010, p. 149-152).

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – SINDICATO – SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL – REPRESENTAÇÃO – ILEGITIMIDADE AD CAUSAM – ÍNDICE DE REAJUSTE – IPC DE MARÇO/1990 – 84,32% – LEI N. 7.830/1989 – O substituto processual, quer na posição de autor ou de réu, é sujeito da relação processual da qual participa em nome próprio na defesa de direito alheio – O representante não é parte, mas, apenas, representante da parte [...]” (STJ, REsp n. 33.629/AL, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, Quinta Turma, j. em 4.3.1997, DJ de 7 abr. 1997, p. 11138). Colhe-se do voto do relator: “Na lição de Amaral Santos (*Primeiras Linhas de Direito Processual Civil* 1/296): ‘Dá-se a figura da substituição processual quando alguém está legitimado para litigar em juízo, em nome próprio, como autor ou réu, na defesa de direito alheio. Quem litiga, como autor ou réu, é o substituto processual; fá-lo em nome próprio, na defesa de direito de outrem, que é o substituído. Nisso difere a substituição processual da figura da representação, em que o representante não é parte, mas apenas representante da parte, que é o representado’. Assim, enquanto na substituição processual o substituto age em nome próprio, na representação o representante age em nome do representado, necessitando, portanto, de poderes específicos, para tanto”.

entre a razão de ser (= finalidade institucional) da entidade impetrante e o conteúdo do direito ameaçado ou violado, objeto da demanda. Não seria concebível que o partido político ou qualquer dos demais legitimados fossem a juízo para bater-se em defesa de direitos que nem diretamente nem indiretamente lhes dissessem respeito algum. Sem elo de referência entre o direito afirmado e a razão de ser de quem o afirma, faltará à ação uma das suas condições essenciais, pois o sistema jurídico não comporta hipótese de demandas de mero diletantismo, e isso se aplica também ao substituto processual.

Exatamente em razão do interesse jurídico antes referido (= relação de pertinência e de compatibilidade entre o direito material afirmado em juízo, titularizado na pessoa dos associados ou filiados, e os fins institucionais do impetrante), o ajuizamento da ação dispensará qualquer espécie de autorização individual ou assembléia. Diferentemente do que ocorre em relação às ações coletivas, promovidas com base na legitimação outorgada pelo art. 5º, inciso XXI, da CF, “a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor de associados independe de autorização destes”. É o que dispõe a Súmula n. 629 do STF, dirimindo, no plano jurisprudencial, qualquer dúvida a respeito⁸³.

No que toca aos partidos políticos, a tutela jurisdicional pretendida deverá estar compreendida, ainda que de forma indireta, em seu programa de governo⁸⁴. Carecerá, então, que tal instrumento e suas respectivas atualizações sejam juntados à inicial para que possa o magistrado averiguar o preenchimento de tal condição da ação (CARVALHO, 1993, p. 93). Dessa forma, v.g., um partido cuja finalidade institucional diga com a proteção da fauna e da flora brasileiras, nos termos de seu programa⁸⁵, não terá interesse jurídico na prolação de provimento jurisdicional em defesa de direito de majoração de aposentadorias. Deve-se reconhecer, entretanto, que o interesse processual do partido político estará evidente em demandas que versem sobre direitos políticos ou prerrogativas democráticas, matérias que não necessitam constar do programa partidário, uma vez que se encontram no espírito, na causa final destes entes.

Na mesma vertente, no que se refere às organizações sindicais, às entidades de classe e às associações, a tutela requerida deverá, necessariamente, ser reconduzível às suas finalidades institucionais para que se verifique o cumprimento do requisito da pertinência temática⁸⁶. O STF, inclusive, já asseverou essa necessidade⁸⁷. Assim, da mesma forma que se impõe aos partidos políticos a apresentação de seu programa de governo com a inicial, o mesmo vale para as entidades citadas com relação a seus estatutos ou instrumentos constitutivos, sob pena de extinção do *mandamus* coletivo (arts. 283 e 284, CPC).

Por outra vertente, se for reconhecida a legitimidade *ad causam* do Ministério Público ao ajuizamento da demanda em comento, resta evidente que deverá estar permeada, nos termos do art. 127, *caput*, da Constituição, por interesse público primário, ou seja, interesse social.

83 A pertinência temática é requisito de cabimento conhecido das ações do controle concentrado de constitucionalidade. Asseverou certa vez o STF, em decisão plenária, no julgamento da ADI n. 1.157-0/DF: “O requisito da pertinência temática – que se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato – foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa *ad causam* para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Precedentes” (STF, ADI n. 1.157 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 1º.12.1994, DJ de 17 nov. 2006, p. 00047, Ement. Vol. 02256-01, p. 00035).

84 Segundo Barbosa Moreira (1991, p. 197), “o partido político deve ser admitido a utilizar o mandado de segurança coletivo, também, em prol dos interesses de pessoas que, eventualmente, sejam destinatárias de pontos do programa partidário”. No mesmo sentido, afirma Lira de Carvalho (1993, p. 85): “No caso de a impetração ser titularizada processualmente por um partido político, a matéria posta sob a apreciação judicial há que estar contemplada, pelo menos de forma genérica, no programa partidário. Se tal não acontece, não pode o partido político posicionar-se como substituto processual das pessoas detentoras do direito transindividual”.

85 Dispõe a Lei n. 9.096/1995 (que trata dos partidos políticos e regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal) acerca do programa partidário: “Art. 14. Observadas as disposições constitucionais e as desta Lei, o partido é livre para fixar, em seu programa, seus objetivos políticos [...]”; “Art. 9º Feita a constituição e designação, referidas no § 3º do artigo anterior, os dirigentes nacionais promoverão o registro do estatuto do partido junto ao Tribunal Superior Eleitoral, através de requerimento acompanhado de: I - exemplar autenticado do inteiro teor do programa e do estatuto partidários, inscritos no Registro Civil”; “Art. 10. As alterações programáticas ou estatutárias, após registradas no Ofício Civil competente, devem ser encaminhadas, para o mesmo fim, ao Tribunal Superior Eleitoral”.

86 Afirma Alexandre de Moraes (2002, p. 176) que, “em relação aos sindicatos ou associações legitimadas, o ajuizamento do mandando de segurança coletivo exige a existência de um direito subjetivo comum aos integrantes da categoria, não necessariamente com exclusividade, mas que demonstre manifesta *pertinência temática* com os seus objetivos institucionais”.

87 “MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO IMPETRADO POR SINDICATO, OBJETIVANDO A EXONERAÇÃO DAS EMPRESAS POR ELE AGREGADAS, DE CONTRIBUÍREM PARA O PIS (DDL N. 2.445 E 2.449/1988). LEGITIMAÇÃO ATIVA. ART. 5º, INCISO LXX, B, DA CONSTITUIÇÃO. Legitimidade para a postulação em tela, porquanto evidenciado que se está diante de direito subjetivo, não apenas comum aos integrantes da categoria, mas também inerente a esta, concorrendo, de outra parte, uma manifesta relação de pertinência entre o interesse nele subjacente e os objetivos institucionais da entidade impetrante. Irrelevância da circunstância de não se tratar, no caso, de exigência fiscal referida, com exclusividade, à categoria sob enfoque. Recurso extraordinário provido” (STF, RE n. 175.401, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, j. em 10.5.1996, DJ de 20 set. 1996, p. 34546, Ement. Vol. 01842-05, p. 00860).

1.2.4 Objeto e limites subjetivos da coisa julgada (introdução)

Já se afirmou diversas vezes nas páginas pretéritas que o objeto da ação mandamental coletiva consiste no resguardo dos direitos transindividuais ou, como afirma José Antonio Remédio (2002, p. 470), do “direito líquido e certo de conotação coletiva”. No entanto, pouco ou quase nada se disse sobre o que significam e, mais importante que isso, quais são os direitos que integram essa categoria. No âmbito de uma ciência jurídica ainda dominada pela tutela de direitos subjetivos individuais, faz-se necessário tratar a matéria com mais vagar, em capítulo próprio. De posse da informação sobre quais são esses direitos que inspiram as ações coletivas em geral, poder-se-á responder às indagações relativas a quais deles o *mandamus* coletivo se destina a servir de instrumento de proteção.

No entanto, nem assim se poderá fechar questão acerca do objeto do mandado de segurança coletivo, porque ele sempre estará limitado, como dito há pouco, à extensão da legitimidade processual conferida pelo ordenamento ao substituto processual. O objeto, assim, será diferente em face de cada legitimado extraordinário. Exemplificativamente, os partidos políticos podem deter legitimidade para pleitear a tutela jurisdicional de determinada espécie de direito transindividual, porém o mesmo pode não ocorrer com as entidades de classe ou com as organizações sindicais. No caso destas, assim, o *mandamus* não teria como objeto a tutela de tal direito. Assim, o que se pode perceber é que objeto e legitimidade processual no MSC, concretamente, são institutos que se entrelaçam e dependem um do outro para alcançar uma definição. Dessarte, desvendados quais são os direitos transindividuais, o objeto do *writ* coletivo poderá ser definido a partir de uma análise caso a caso, substituto a substituto, razão pela qual ela fica postergada ao capítulo seguinte.

No que tange aos limites subjetivos da coisa julgada, ela também se opera de forma diferente, conforme cada espécie de direito tutelado. Não se deve confundir, antes de tudo, extensão subjetiva dos efeitos da sentença com coisa julgada e estas duas com os citados limites subjetivos da coisa julgada. O primeiro diz com o alcance da decisão, que não se restringe às partes, conforme a teoria de Liebman, mas atinge a todos aqueles “cuja posição jurídica tenha qualquer conexão com o objeto do processo” (CUNHA; SILVA, 1990, p. 195); a segunda se reporta à imutabilidade, à “inquestionabilidade” judicial destes efeitos; o terceiro, por fim, se refere a quem esta última atinge, quais são os atores que não podem questionar o conteúdo da decisão (MAZZILLI, 2005a, p. 483-484; BASTOS, 2007, p. 189-191).

Na seara das ações individuais, é cediço que os limites subjetivos da coisa julgada se restringem às partes do processo (CUNHA; SILVA, 1990, p. 195). Entretanto, a solução não é adequada às ações coletivas,

cuja índole é justamente evitar a repetição de demandas (GRINOVER, 1991, p. 81). Há a necessidade de um regramento especial. E esse regramento passa diretamente por se identificar qual tipo de direito transindividual foi objeto da sentença e qual o grau de representatividade ostentado pelo substituto processual.

O OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO: OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

2.1 *Interesses* ou *direitos* transindividuais?

Preliminarmente, é necessário saber se se está tratando de *interesses* transindividuais ou de *direitos* transindividuais. Efetivamente, no Direito pátrio, a Constituição Federal e, no plano infraconstitucional, a Lei da Ação Civil Pública (LACP)¹, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)², o Código de Defesa do Consumidor (CDC)³, o Estatuto do Torcedor (ET)⁴ e o Estatuto do Idoso (EI)⁵ fazem expressa referência ao resguardo de *interesses* coletivos e difusos, como a criar uma nova categoria jurídica hábil a salvaguardar os bens da vida na ordem jurídica que não os “direitos”. É de se anotar, entretanto, que todos esses arcabouços, à exceção da Carta Política, sempre fazem menção expressa, ao lado dos interesses, à proteção de *direitos* coletivos e difusos⁶. Ao que parece, os autores dos diplomas legais em referência, quando previram a tutela de *interesses*, se preocuparam em não se olvidar da Constituição, que, tratando de algo ainda incipiente, à época, no meio jurídico (da tutela de direitos coletivos *lato sensu*), fazia alusão apenas a “*interesses* coletivos e difusos”. Dessa forma, a redação das citadas leis, como posta, parece ter por objetivo evitar discussões de índole pseudoconstitucional que poderiam colaborar com o esvaziamento da tutela pretendida.

Desconsiderando-se, por um momento, o enfoque que a lei dá ao assunto, questiona-se: qual é a importância dessa categoria jurídica aos operadores do Direito? Possuem os interesses a mesma densidade normativa dos direitos? Em nosso entender, o que é verdadeiramente importante é se está prevista no ordenamento, por intermédio de alguma das fontes jurídicas legitimamente existentes, expressa ou implicitamente, uma dada posição jurídica em favor de alguém, de maneira que os interesses só importarão autonomamente ao Direito no exato momento em que se traduzirem nessa “vantagem” juridicamente estabelecida. O que ocorre é que, neste passo, deixam de ser meramente interesses e passam a configurar efetivo direito. Assim, o que se percebe, ao fim e ao cabo, é que o único debate que importa

- 1 Lei n. 7.347/1985: há menção expressa à proteção de “interesses” nos arts. 1º, inciso V; 5º, § 5º; 21, *caput*.
- 2 Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990: há menção expressa nos arts. 148, inciso IV; 201, inciso V; 202; 208, § 1º; 210, *caput*, inciso III, § 1º; 212, *caput*.
- 3 Lei n. 8.078/1990: há menção expressa nos arts. 81, incisos I e II; 82, incisos III e IV; 83, *caput*.
- 4 Lei n. 10.671, de 15 de maio de 2003: há menção expressa no art. 40, *caput*.
- 5 Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003: há menção expressa nos arts. 74, inciso I; 79, parágrafo único; 81, *caput*.
- 6 LACP: arts. 5º, § 5º; 21, *caput*; ECA: art. 208, *caput*; CDC: arts. 81, incisos I e II; 82, incisos III e IV; 83, *caput*; ET: art. 40, *caput*; EI: art. 74, inciso I.

à ciência jurídica é aquele a respeito da existência do direito e não meramente de interesses. Vai nesse sentido a lição de Kazuo Watanabe:

O legislador preferiu defini-los para evitar que dúvidas e discussões doutrinárias, que ainda persistem a respeito dessas categorias jurídicas, possam impedir ou retardar a efetiva tutela dos interesses ou direitos dos consumidores e das vítimas ou seus sucessores.

Os termos “interesses” e “direitos” foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os “interesses” assumem o mesmo *status* de “direitos”, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles (GRINOVER, 2001, p. 739)⁷.

Adentrando um pouco mais a fundo nessa diferenciação, o que se verá é que muito do problema surge em razão da tradição liberal de se visualizar os direitos subjetivos apenas em sua projeção individual, como uma prerrogativa do indivíduo isoladamente considerado. Talvez, por estar afastando-se dessa tutela jurídica clássica e adentrando o plano da tutela jurídica coletiva, tenha o constituinte optado por referenciar os direitos difusos e coletivos na condição de meros interesses e não na condição de perfeitos direitos. O que se entende, entretanto, é que é chegado o momento de realizar a quebra desse paradigma, posição sustentada no tópico seguinte.

2.2 Direitos transindividuais versus direitos subjetivos

A categoria dos direitos subjetivos, considerada como prerrogativa jurídica conferida pelo ordenamento a alguém⁸, tem sua origem no Estado Liberal, concomitantemente ao surgimento do Estado de Direito, encontrando seu ápice dogmático na Revolução Francesa. De natureza individualista, esses direitos nascem num contexto em que impedir a intervenção estatal na sociedade em casos individualizados era questão fundamental e, assim, o estabelecimento de mecanismos de defesa lhes davam nota comum. Além disso, vão apresentar-se com titulares bem definidos e com objeto perfeitamente delimitado no âmbito de relações sociais simplificadas que visavam à consecução de interesses individuais exclusivos (MORAIS, 1996, p. 109).

Entretanto, com o advento da Revolução Industrial e dos progressos civilizatórios e tecnológicos, principalmente nas áreas de comunicação e informação, essas relações passam a ser verificadas em planos muito mais amplos, com a geração de efeitos massificados que possibilitavam a identificação de

- 7 Ricardo dos Santos Castilho (2004, p. 17) e Pedro Lenza (2003, p. 49-50) ratificam o entendimento. Outros autores, como Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 722-726), já escrevem utilizando apenas a expressão *direitos transindividuais*. Outros, como a Professora Geisa de Assis Rodrigues (2006, p. 43), defendem a utilização indiscriminada dos termos *interesses* e *direitos*.
- 8 Miguel Reale (1999, p. 262) define direito subjetivo como “a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio”.

interesses comuns entre os membros da sociedade. À sociedade de massa, vem-se atrelar a sociedade do risco, cujas relações sociais são capazes de gerar efeitos internos e externos imprevisíveis (BECK; GIDDENS; LASH, 2004, p. 11 et seq.).

Atendendo aos anseios comuns de milhares de pessoas, muito em razão da explosão demográfica que ocorrera principalmente no século XX, o Estado Social, com seu viés interventivo e diretivo, e, contemporaneamente, o Estado Democrático, com seu vetor de distribuição dos ônus e bônus sociais, vão ter inscritos em seus ordenamentos jurídicos direitos de *conflituosidade intensa* (MORAIS, 1996, p. 142) cuja titularidade não diz mais com esta ou aquela pessoa, mas com grupos de pessoas ou, em última instância, com a própria sociedade.

Nessa linha, o prisma de análise dos direitos subjetivos não pode mais ser o mesmo do Estado Liberal clássico francês. Às relações com conteúdo individualista, há pelo menos um século, já se agregaram outras com conteúdo coletivo, e o Direito, instrumento regulador da vida social, não pode ficar alheio às suas transformações⁹.

Como bem anota José Luis Bolzan de Moraes (1996, p. 111-112):

A transformação dos interesses – de individuais a coletivos e a difusos – é inexorável. A importância destes últimos, como respeitantes às espécies, genericamente falando, impõe ao Direito seu asseguramento como pretensões juridicamente relevantes [...].

[...]

Abstraindo-se o conceito de direito subjetivo de sua vinculação à tradição liberal, poder-se-ia, então, inferir um novo conteúdo para o mesmo, no qual a subjetividade diria respeito não mais apenas a um certo indivíduo, mas, isto sim, seria uma subjetividade própria da condição humana, sendo, assim, vinculada ao gênero e não ao *espécimen* isolado.

Assistiria razão falar-se em um direito subjetivo difuso apenas após desfeitas as amarras próprias do conceito original [...].

Destarte, esses novos direitos, de titularidade coletiva, não podem ser analisados sob a ótica liberal. Neste novo contexto histórico, da sociedade de risco e das relações de massa, o grupo surge como genuíno titular de direitos. Faz-se necessária, então, a confecção de normas adaptativas que possibilitem a sua postulação judiciária e que tornem, ademais, o trabalho do Poder Judiciário mais racional e mais justo sob o ponto de vista da igualdade nas decisões que julgam questões similares, possibilitando-se a geração de tutelas equânimes a direitos comuns.

⁹ “O direito brasileiro é dotado de amplo sistema de proteção dos direitos transindividuais e dos direitos individuais que merecem ‘processo diferenciado’ [direitos individuais homogêneos] diante da sociedade de massa” (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 722).

2.3 Características dos direitos transindividuais

Neste passo, tentar-se-á apresentar as características essenciais dos direitos transindividuais (ou direitos coletivos *lato sensu*), particularmente, em oposição aos direitos subjetivos individuais. Essa nova categoria jurídica é a causa de muitas das transformações que, a partir de exigências sociais da sociedade pós-moderna, vêm-se operando no ordenamento jurídico pátrio com o justo objetivo de salvaguardá-la em suas múltiplas facetas, mormente com a promulgação de leis que são verdadeiros microssistemas de tutela de direitos coletivos. Definir a natureza desses direitos é, assim, requisito para que se possa debater sobre o mais adequado meio para protegê-los e, especialmente, sobre qual é o papel do mandado de segurança coletivo nessa missão.

A primeira e mais fundamental característica dos direitos transindividuais é a sua *titularidade coletiva*. Trata-se de *direitos de grupos*. Grupos de pessoas menos ou mais amplos, menos ou mais coesos. Se, de um lado, temos os direitos do indivíduo, traduzidos em prerrogativas a ele conferidas pelo Estado para a proteção do seu interesse individual, de natureza egoística, de outro, temos os direitos transindividuais, de *natureza solidária*, que só podem ser idealizados no plano das coletividades. O direito transindividual não exclui os indivíduos, mas perpassa-os até formar uma *coletividade de indivíduos*, uma estrutura molecular (MORAIS, 1996, p. 125); toca a todos do grupo, mas a ninguém isoladamente (CASTILHO, 2004, p. 26; MARINONI; ARENHART, 2006, p. 724). Ninguém titulariza solitariamente o direito à moralidade administrativa ou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo a titular, nesses exemplos, a própria sociedade.

Nos dizeres de José Luis Bolzan de Morais (1996, p. 127-128), possuem “como característica preliminar e central a titularidade disseminada em diversas pessoas”. Nessa linha, o prefixo *trans*¹⁰ significa exatamente que esses direitos perpassam os componentes dessa coletividade, de maneira que cada interesse individual contribui para a chamada “síntese de interesses individuais”, culminando, assim, na formação de um interesse da coletividade de indivíduos (MORAIS, 1996, p. 126 e 132)¹¹.

Teori Albino Zavascki (2006, p. 42) vê na indeterminação do titular desses direitos, além da invisibilidade de seu objeto, a nota essencial dos direitos coletivos *lato sensu*. Segue a linha do disposto no art. 81, inciso I, do CDC, que estabelece que os direitos difusos têm como titulares pessoas indeterminadas. Contudo, sem pretender um raciocínio à margem da lei, acredita-se que o preceito normativo deve ser adequadamente interpretado. É que o titular do direito não é, em verdade, indeterminado, visto que ele se encontra, no caso, no próprio grupo de pessoas. O que são indeterminadas, relativa (direitos

10 Esta obra está com José Luis Bolzan de Morais (1996, p. 126) quando adere à tese de que o prefixo *trans*, em oposição ao prefixo *meta*, melhor denomina os direitos em questão. Ocorre que o segundo remete à ideia de algo superior, que está acima do objeto de análise, enquanto o primeiro dá justamente a ideia de um direito que “atravessa” a coletividade de indivíduos. No mesmo sentido, CASTILHO, 2004, p. 24.

11 Vide, ainda, VERONESE, 1997, p. 100.

coletivos) ou absolutamente (direitos difusos), são as pessoas que o compõe, mas estas não são, cada uma delas, titulares do direito transindividual. Assim é que se entende que a titularidade coletiva, nesse aspecto, melhor informa os direitos coletivos *lato sensu* que uma suposta titularidade indeterminada.

A segunda característica fundamental que deve ser apontada é, como citado pelo professor suprarreferido, a *indivisibilidade do objeto* dos direitos transindividuais, ou seja, ele não é suscetível de fragmentação dentro do grupo. Isso se dá exatamente por pertencerem à esfera de direitos dele próprio, e não deste ou daquele indivíduo que o compõe. A *indivisibilidade* é, ademais, característica expressamente consagrada pela Lei n. 8.078/1990 em seu art. 81, incisos I e II, que, em conjunto com a Lei n. 7.347/1985¹², estabelece as bases do sistema da tutela coletiva de direitos¹³.

E, por último, tais direitos têm forma de *postulação* especial, que aqui se chama de *coletiva*. Ainda que, ao fim e ao cabo, todo direito possa ser gozado individualmente, no que se refere à sua *proteção judicial*, como são titularizados coletivamente, os direitos transindividuais necessitam de regras instrumentais especiais que lhes confirmam não só um representante habilitado a ir a juízo, como também mecanismos processuais próprios de tutela.

Dito isso, conclui-se que a *titularidade coletiva*, a *indivisibilidade do objeto* e a *postulação coletiva* são as características fundamentais dos direitos transindividuais a partir das quais o jurista poderá embasar seu raciocínio jurídico na seara da tutela de direitos coletivos *lato sensu*.

2.4 Espécies de direitos transindividuais

Os direitos transindividuais dividem-se entre *direitos difusos* e *direitos coletivos*. A seguir, pretende-se traçar as linhas mestras de cada uma dessas espécies, de maneira que se possa, com a melhor exatidão possível, auferir quando se está tratando de direito difuso ou de direito coletivo.

Deve-se anotar que os direitos individuais homogêneos não integram essa classificação por não comportarem as características antes expostas. O tema é abordado na subseção 2.7 da obra, momento em que também serão expostos argumentos no sentido de afastar a sua tutela pela via do mandado de segurança coletivo.

12 “Art. 21. 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”.

13 Esse sistema já foi, inclusive, reconhecido pela jurisprudência. “A Lei de Improbidade Administrativa com a Lei da Ação Civil Pública, da Ação Popular, do Mandado de Segurança Coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e dos Estatutos da Criança e do Adolescente e do Idoso compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar interpenetram-se e subsidiam-se” (STJ, REsp n. 1.085.218/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 15.10.2009, DJe de 6 nov. 2009).

2.4.1 Direitos coletivos

Os direitos coletivos, como uma das formas de expressão dos direitos transindividuais, foram reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos antes dos direitos difusos. Após a Revolução Industrial, foram os trabalhadores que, pioneiramente, uniram suas vozes em uma só para exigir do Estado tutelas de natureza prestacional em seu favor. Nasceram com o Estado Social, em oposição aos direitos individuais de natureza negativa que vigoravam soberanamente até então, pela reivindicação de sua intervenção nas relações de trabalho (MORAIS, 1996, p. 89 et seq.)¹⁴.

Os direitos coletivos possuem três características fundamentais. A primeira delas é que a sua causa material está na *aglutinação de interesses individuais*, o que confere *coesão* ao grupo (titular) de interessados¹⁵. Como bem anotado por Rodolfo de Camargo Mancuso (1988, p. 38-40), não se trata de mera soma de interesses individuais, como se dá com os direitos individuais homogêneos, mas de verdadeira síntese de interesses por aglutinação, formando-se um *amálgama*, uma unidade diferente dos interesses individuais que lhe deram causa e a que se dá o nome, uma vez tutelada pelo ordenamento, de direito coletivo. E esse amálgama tem forma definida, de maneira que não se fluidifica pela sociedade, permanecendo coeso e distinguível.

Dessa coesão deflui a *exclusividade* na fruição desses direitos aos membros do grupo. Como assevera Ada Pellegrini Grinover (1984, p. 82), trata-se de “interesses comuns a uma coletividade de pessoas e apenas a elas”. Enfim, são direitos que dizem respeito a determinado grupo de pessoas e não a outro¹⁶. Isso, ressalte-se, não altera o traço essencial de indivisibilidade de seu objeto e, conseqüentemente, a sua indisponibilidade individual.

Anote-se, entretanto, que se discorda da tese de que tais direitos sejam sempre indisponíveis ao ente coletivo. A disponibilidade, no plano coletivo, não tem como entrave a natureza indivisível dos direitos transindividuais. Depende, isto sim, de possuir o direito, assim como ocorre com os direitos individuais, natureza transmissível e da existência de instrumentos jurídicos adequados no ordenamento que efetivamente assegurem a representatividade do(s) grupo(s) envolvido(s). Não é por outra razão que, hoje, a Constituição Federal permite aos sindicatos, em acordo ou convenção coletiva, negociar a redução de salários de categorias inteiras de trabalhadores, não obstante a natureza coletiva do direito¹⁷.

Por fim, a terceira característica fundamental dos direitos coletivos é o que se chama de *identificabilidade jurídica* do grupo e de seus componentes. Em matéria de direitos coletivos, os grupos titulares se

- 14 Entretanto, não nos filiamos à ideia de que os direitos coletivos, tampouco os transindividuais *lato sensu*, estejam atrelados a prestações positivas (estatais), sendo possível, também, que seu conteúdo implique abstenção não só estatal como privada. O direito de sigilo bancário e fiscal de membros de uma associação, v. g., implica uma abstenção, mas não deixa de ser coletivo.
- 15 Não na acepção de fundamento dos direitos subjetivos, mas na acepção de interesses simples, tal qual será visto quando se tratar dos direitos difusos.
- 16 Não é outra a *ratio* do CDC, que prevê que tais direitos (interesses) têm como titular o grupo (a categoria ou a classe de pessoas), defluindo daí a exclusão dos demais (art. 81, II).
- 17 “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”.

formam, como se vê, pela aglutinação de interesses comuns, porém o ordenamento jurídico exige, para oferecer-lhe a tutela, que seja ele identificável juridicamente, ou seja, que essa coletividade se demonstre por meio de liames jurídicos prévios e razoavelmente claros (MORAIS, 1996, p. 130 e 132). Por meio deles, não só será possível antever o “contorno jurídico” do grupo, como identificar seus componentes.

Esses liames podem ser formados por duas vias: uma imediata e outra remota. Na primeira, eles se criam pela associação direta entre os membros do grupo, como ocorre com as associações *stricto sensu*, os sindicatos, as cooperativas e até mesmo com a família, desde que estes elos sejam reconhecidos pelo ordenamento (PRADE, 1987, p. 41; MANCUSO, 1988, p. 45-50). Na segunda, eles se formam pela agregação de múltiplas relações jurídicas¹⁸ idênticas entre vários sujeitos ativos com um mesmo sujeito passivo, porém estas também devem ser juridicamente reconhecidas¹⁹. É o caso do grupo de estudantes de dada escola que detém o direito ao cumprimento da grade curricular. Adotando essa posição, o Código de Defesa do Consumidor (que integra o sistema encabeçado pela Lei da Ação Civil Pública) estabelece, em seu art. 81, inciso II, que os grupos titulares dos direitos coletivos são formados por “pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. Essa relação jurídica base se traduz precisamente em liames prévios reconhecidos pelo Direito, que dão identificabilidade ao grupo titular do direito, bem como aos seus componentes.

Pode-se concluir, dessa forma, que os direitos coletivos possuem três características essenciais: a formação pela *aglutinação de interesses individuais*, a *exclusividade* na sua fruição e a *identificabilidade jurídica* do grupo e de seus integrantes. São exemplos: o direito dos segurados do INSS à percepção de determinado acréscimo financeiro em dado benefício previdenciário, o direito dos adquirentes de imóveis de um mesmo prédio a certa benfeitoria ou o direito dos membros de uma associação de defesa do consumidor à manutenção do preço de determinado serviço de prestação continuada.

2.4.2 Direitos difusos

Os direitos difusos, diferentemente dos direitos coletivos, ante a sua ampla fluidez (MANCUSO, 1988, p. 105), possuem conceito muito mais largo. Produto imediato da sociedade do risco (LOPES, 2005, p. 22), de relações massificadas e de efeitos múltiplos, os direitos difusos são direitos de amplo espectro que dizem diretamente com o bem comum.

Duas são as suas características essenciais. A primeira é que a sua causa material se verifica na (mera) *identificação* entre interesses individuais que se encontram *dispersos* na sociedade. Sintonizados

18 Diversas e anteriores à relação jurídica referente ao próprio direito coletivo.

19 Como explica Kazuo Watanabe, “Mesmo sem organização, os interesses ou direitos ‘coletivos’, pelo fato de serem de natureza indivisível, apresentam identidade tal que, independentemente de sua harmonização formal ou amalgamação pela reunião de seus titulares em torno de uma entidade representativa, passam a formar uma só entidade, tornando-se perfeitamente viável, e mesmo desejável, a sua proteção jurisdicional em forma molecular” (GRINOVER, 2001, p. 744).

e tutelados pelo ordenamento, esses interesses formam o chamado direito difuso. Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, eles se agregam não por um vínculo jurídico diferenciado, como ocorre com os direitos coletivos, mas por “comungarem pretensões semelhantes” (MANCUSO, 1988, p. 66; BASTOS, 1981, p. 40).

Essa *dispersão* comporta dois níveis: no primeiro e de maior amplitude, o interesse difuso tutelado pela norma confunde-se com o interesse social ou interesse público primário²⁰, que ocorre com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ou à probidade administrativa. O titular do direito, de forma imediata, é a própria sociedade. No segundo, ele possui a natureza segmentária do direito coletivo, sendo um pouco menos disperso, mas sem atingir “o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos”, ou por inexistir múltiplos vínculos jurídicos similares com a parte adversa, “restam em estado fluido, dispersos pela sociedade como um todo” (MANCUSO, 1988, p. 105; MORAIS, 1996, p. 141). São exemplos os direitos de acessibilidade de portadores de deficiência a determinado prédio e o direito à percepção de medicamentos especiais de certos doentes crônicos. Entretanto, aqui, o grupo titular do direito e seus componentes não são *juridicamente identificáveis* por liames jurídicos prévios.

Por outro lado, são *absolutamente indisponíveis* (MORAIS, 1996, p. 142) no nível mais disperso, porque o interesse público não comporta apropriação; no menos disperso, porque ou não são suscetíveis de apropriação, em razão de sua natureza pública, ou, como não possuem um órgão de representação especial, não podem, igualmente, ser negociados.

Destarte, os direitos difusos são caracterizados por ter por causa material a *identificação* entre interesses *dispersos* na sociedade, bem como pela sua *indisponibilidade absoluta*.

Cabe referir que somente será admissível compreender como indeterminados os titulares do direito difuso se o tomarmos em oposição aos direitos coletivos. Assim, poder-se-ia afirmar que não são *identificáveis juridicamente*, uma vez que não há liame jurídico distintivo que lhe realce a existência. Entretanto, titular há e este é o próprio grupo.

Por outra vertente, discorda-se do posicionamento que busca diferenciar os direitos difusos dos coletivos pela sua origem em situações de fato (PRADE, 1987, p. 55). Veja-se a valiosa lição do Professor Hugo Nigro Mazzilli (2005a, p. 55) nesta questão:

20 “O interesse público primário é o interesse social (o interesse da sociedade ou da coletividade como um todo)” (MAZZILLI, 2005a, p. 47).

O exame desse quadro não deve, porém, levar à equivocada impressão de que, nos interesses difusos ou nos interesses individuais homogêneos, não exista uma relação jurídica subjacente, ou ainda à de que, nos interesses coletivos, não haja uma situação de fato anterior, ou, enfim, à de que, nos interesses individuais homogêneos, prescindam-se de uma situação de fato comum, ou de uma relação jurídica básica, que una todo o grupo lesado. Ao contrário. No tocante a quaisquer interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), sempre haverá uma relação fática e jurídica subjacente.

Ora, parece evidente que não é a situação de fato que dá origem ao direito difuso, mas o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de que existem direitos de titularidade coletiva e, nesse caso, que têm causa material na identidade entre interesses dispersos na sociedade. Por óbvio, apenas algum “fato” poderá molestar-lhes a integridade, ademais, como se dá na violação de qualquer outro direito.

2.4.3 Notas distintivas entre direitos coletivos e direitos difusos

Como vimos, “a titularidade coletiva, a indivisibilidade do objeto e a postulação coletiva são as características fundamentais dos direitos transindividuais”, integrando os direitos coletivos e difusos esse conceito. Traçado o que é de peculiar a cada um destes, podem-se delinear, agora, as suas diferenças:

- os direitos coletivos nascem da *aglutinação* de interesses comuns; os direitos difusos, da mera *identificação* entre interesses *dispersos*;
- os direitos coletivos são de fruição *exclusiva*, categoria que não é aplicável a direitos difusos ante a inexistência de coesão do grupo titular do direito;
- é da essência dos direitos coletivos a *identificabilidade jurídica* do grupo e de seus componentes, possibilidade inexistente em matéria de direitos difusos;
- nem todos os direitos coletivos são *indisponíveis*, mas os direitos difusos são *absolutamente indisponíveis*.

O que é possível observar, por fim, é que os direitos coletivos, diante de uma maior organização que homenageia o princípio da segurança jurídica, irradiam prerrogativas (disponibilidade em certos casos e exclusividade na fruição) que os direitos difusos não possuem. “Existe, assim, uma ‘escala crescente de coletivização’, em cuja base estão os interesses individuais” (MANCUSO, 1988, p. 42), passando pelos direitos coletivos e, por fim, pelos direitos difusos.

Entretanto, nenhum deles se exclui, tendo muitos direitos a feição individual, a coletiva e, ainda, a difusa, não sendo possível fazer uma divisão fragmentária da “lista” de direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico, mas apenas analisá-los sob as dimensões existentes. Fundamental, nesse mérito, será, como anotado por Kazuo Watanabe, a forma de colocação do problema na causa de pedir e no pedido de tutela ao Judiciário²¹.

A título de exemplo, pode-se imaginar o ajuizamento de demanda de índole coletiva para a salvaguarda do direito de hemofílicos em geral à percepção de determinado medicamento. Tem-se aí a tutela de direito difuso. Por outro lado, a Associação dos Hemofílicos do Rio Grande do Sul pode postular o mesmo direito em prol de seus associados, o que nos remete, aí, à categoria dos direitos coletivos.

2.5 Direitos individuais homogêneos

Direitos individuais homogêneos não são direitos transindividuais. São apenas vários direitos individuais que se assemelham e que, por conveniência do exercício jurisdicional, são justapostos para serem tutelados de uma única vez. A homogeneidade nasce da semelhança existente entre eles²², que, na lição de Teori Albino Zavascki, se verifica na mesma natureza da prestação subjacente ao direito e no mesmo sujeito passivo²³. No entanto, em que pese sejam assemelhados, cada um dos direitos individuais não perde sua característica de divisibilidade e de titularidade centrada em um sujeito específico (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 725; BARROSO, 2005, p. 135), diferentemente dos direitos coletivos *lato sensu*, que possuem titularidade coletiva e são indivisíveis.

O que ocorre é que deve ser distinguida a tutela de direitos coletivos (difusos e coletivos) da simples tutela coletiva de direitos (individuais) (ZAVASCKI, 2006, p. 41-43). Nesta hipótese, apesar de não se tratar de direitos de grupos, os princípios da celeridade e economia processuais e da igualdade recomendam sejam tutelados em conjunto. Como observam Arenhart e Marinoni (2006, p. 723),

A proteção “coletiva” [por meio da ação coletiva] desses direitos (a tutela de *direitos individuais* por meio de uma *técnica coletiva*, isto é, adequada às lesões próprias das relações de massa), além de eliminar o custo das inúmeras ações individuais e de tornar mais racional o trabalho do Poder Judiciário, supera os problemas de ordem cultural e psicológica que impedem o acesso à justiça e neutraliza as vantagens dos litigantes habituais e dos litigantes mais fortes (como as grandes empresas).

21 Vide GRINOVER, 2001, p. 747-750.

22 A lei anuncia direitos “de origem comum”. Lei n. 8.078/1990 (CDC), “art. 81 [...], III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

23 “A identificação do núcleo de homogeneidade fica mais clara quando se tem presente o conjunto de elementos da relação jurídica (ou melhor dizendo, da norma jurídica concretizada) em que se inserem os direitos subjetivos. As relações jurídicas obrigacionais são compostas pelos seguintes elementos, cuja identificação formal (em sentença ou em título extrajudicial) é indispensável para que a prestação possa ser exigida (= executada coercitivamente) em juízo: (a) a existência da obrigação (*an debeat*), (b) a identidade do credor (*cui debeat*), (c) a identidade do devedor (*quis debeat*), (d) a natureza da prestação (*quid debeat*) e, finalmente, (e) em que quantidade é devido (*quantum debeat*). Pois bem, as relações jurídicas subjacentes aos direitos individuais homogêneos têm, em comum, três desses elementos: o *an debeat* (= o ser devido), o *quis debeat* (= quem deve) e o *quid debeat* (= o que é devido). São eles que constituem o núcleo de homogeneidade dos correspondentes direitos subjetivos individuais. Os demais elementos de cada uma das relações jurídicas – a saber, a identidade do credor e a sua específica relação com o crédito (*cui debeat*) e a quantidade a ele devida (*quantum debeat*) – são dispensáveis para a formação daquele núcleo essencial, pertencendo a um domínio marginal, formado pelas partes diferenciadas e acidentais dos direitos homogêneos, a sua margem de heterogeneidade” (ZAVASCKI, 2006, p. 157).

Ao que parece, todavia, a ação para a proteção de direitos individuais homogêneos só pode ser a ação coletiva prevista no art. 91 do CDC, ou seja, só pode visar a uma tutela reparatória individual, ainda que enfocada coletivamente²⁴. A despeito de um possível entendimento contrário da Professora Ada Pellegrini Grinover (2001, p. 797)²⁵, a tutela inibitória para a proteção de direitos individuais homogêneos automaticamente converte-se na tutela de um direito coletivo (*lato sensu*). Como antes afirmado, um direito pode facilmente possuir, de forma simultânea, as dimensões individual, coletiva e difusa. Tudo depende de qual delas se quer tutelar, eis aí a importância da forma de colocação do problema na ação coletiva (*lato sensu*). Assim, por exemplo, o direito de determinado grupo de consumidores à revisão de uma dada cláusula contratual, por abusiva, possui tanto uma faceta individual como uma faceta coletiva. Uma vez tutelados coletivamente os direitos (individuais) dos seus integrantes à revisão desta cláusula, entretanto, culmina-se por atingir um direito indivisível à observância do Código de Defesa do Consumidor pelo sujeito passivo, uma prerrogativa que passa a ser do próprio grupo. Aqui, estar-se-ia tutelando verdadeiro direito coletivo e não mais, meramente, direitos individuais homogêneos. Outro exemplo: o direito de idosos de uma associação a abatimento em passagens de ônibus interestaduais (como prevê o Estatuto do Idoso). Cada um deles possui um direito individual ao abatimento, porém, quando tutelados conjuntamente, é o próprio direito coletivo do grupo à adequação do procedimento das empresas de transporte à lei que estará sendo focalizado. Contudo, isso não ocorre com a tutela ressarcitória de direitos individuais, porque o direito à recomposição do patrimônio individual lesado é sempre divisível²⁶.

Admitir-se, por outro lado, que existam direitos individuais homogêneos essencialmente coletivos (*lato sensu*) teria a forçosa consequência de admitir-se, também, a existência de direitos individuais homogêneos coletivos (de grupos coesos) e de direitos individuais homogêneos difusos (dispersos na sociedade). Contudo, tal proposição importaria em consagrar uma total lacuna normativa acerca da tutela desses direitos, especialmente acerca da formação da respectiva coisa julgada, uma vez que as disposições do CDC sobre o tema (arts. 103-104) tutelam os direitos individuais homogêneos como direitos a pretensões indenizatórias²⁷.

- 24 Lei n. 8.078/1990 (Capítulo II – Das Ações Coletivas para a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos) – “Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de *responsabilidade pelos danos individualmente sofridos*, de acordo com o disposto nos artigos seguintes”. Alguns autores seguem esta posição, entre eles Pedro da Silva Dinamarco (2002, p. 693, nota 30): “a defesa desses interesses [individuais homogêneos] está ligada basicamente à reparação de danos causados a pessoas”. Luis Roberto Barroso (2005, p. 144): “A defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos foi prevista pelo legislador como um procedimento em duas etapas. Na primeira etapa, os entes dotados de legitimidade ativa poderão propor, em nome próprio e no interesse das pessoas afetadas (ou de seus sucessores), ação de responsabilidade pelos danos sofridos. No caso de acolhimento do pedido, o juiz proferirá uma sentença condenatória de caráter genérico, fixando a responsabilidade do réu pelos danos que tenha causado”.
- 25 Entendendo ser possível a tutela de direitos individuais homogêneos pela via do mandado de segurança coletivo, *ALVIM*, 2006.
- 26 Vale invocar a classificação de Barbosa Moreira (1991, p. 187-189) sobre os direitos essencialmente coletivos ou acidentalmente coletivos. Alargando-lhe um pouco o sentido, afirma-se que essencialmente coletivos são os direitos transindividuais que não possuem uma dimensão individual, mas apenas coletiva *lato sensu* ou, até mesmo, conforme o caso concreto, apenas difusa. São os direitos, v.g., ao meio ambiente equilibrado ou à probidade administrativa. Direitos acidentalmente coletivos, por outro lado, são aqueles que possuem, originariamente, uma faceta individual, como os exemplos citados no texto.
- A questão atinente a se saber se é possível existir uma dimensão coletiva ou mesmo difusa de um direito individual no ordenamento dependerá de adotar-se um prisma de análise mais ou menos conservador, mais ou menos vanguardista acerca do Direito. A Constituição dispõe: “O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” (art. 208, § 1º). Uma posição conservadora admitirá, nesse caso, apenas um direito individual; uma posição vanguardista, com os olhos voltados à realidade da sociedade pós-moderna, perceberá também um direito transindividual em que o Estado (art. 208, I) garanta à sociedade ou a determinado grupo social o direito ao acesso gratuito ao ensino fundamental. Nessa linha, entende-se que os direitos coletivos (*lato sensu*) não abrangem tão somente os direitos essencialmente coletivos, mas também os acidentalmente coletivos. Parece ser essa a orientação do CDC ao estabelecer, no art. 103, § 1º, a respeito da coisa julgada nas ações coletivas, que: “Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II [decisões que tutelem direitos difusos e coletivos] não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe”, e em seguida, no art. 104, quando prevê que: “As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida a sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”. Ora, litispendência pressupõe equivalência de pedidos, o que impede que se reconheça que o Código admite a possibilidade de um mesmo direito ser tutelado em sua faceta individual ou coletiva.
- 27 Vide, especialmente, o que dispõem o inciso III e o § 2º do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor: “Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: [...] III - *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]. [...] § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor *ação de indenização* a título individual”.

Nessa vertente e tendo em vista os conceitos de direitos coletivos e difusos ora propostos, não parece que o mandado de segurança coletivo presta-se à tutela de direitos individuais homogêneos, em que pese a previsão dessa possibilidade no parágrafo único, inciso II, do art. 21 da Lei n. 12.016/2009. É que é da essência do *writ* a natureza inibitória de afastar a conduta arbitrária de agentes públicos e seus delegados, adequando-a, prevenindo-se novos ilícitos²⁸. Não tem por mote, diretamente, o reequilíbrio patrimonial do ente lesado (o que até pode ocorrer, reflexamente, no que se refere ao dano experimentado a partir do ajuizamento da ação). Como ensina Marcus Firmino Santiago (2007, p. 36-37), em profícuo artigo intitulado *Uma abordagem diferenciada acerca da tutela jurisdicional*, os provimentos jurisdicionais podem ser, por uma via de percepção, de natureza ressarcitória ou inibitória. Aquela tradicional, que se reporta à noção de ato ilícito, está ligada ao passado; esta, que supera a visão estritamente patrimonialista e está voltada a prevenir ilícitos, se liga ao futuro. O *mandamus* visa à prevenção ou correção, está voltado para frente. Assim, não pode ser utilizado para a reparação de danos, tal como ocorre nas ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos.

2.6 A questão da não previsão de tutela de direitos difusos pela Lei

n. 12.016/2009

Uma leitura da nova legislação regulamentar de regência dos mandados de segurança individual e coletivo causa perplexidade quando se percebe a ausência de previsão de cabimento da ação de segurança coletiva para a tutela e proteção de direitos difusos:

Art. 21. [...]

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - 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;

II - 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.

No entanto, uma interpretação constitucional do instituto do mandado de segurança coletivo jamais poderá levar à compreensão de que esta ação não se presta à defesa de direitos difusos, uma vez que o próprio ordenamento – especialmente em sua feição constitucional – conferiu parcela de legítimi-

²⁸ A tutela inibitória não visa apenas à prevenção de ilícitos que ainda não se verificaram, como comumente se apregoa, mas também à sua extinção e à sua não renovação.

“A ação inibitória se volta contra a possibilidade do ilícito, ainda que se trate de repetição ou continuação. Assim, é voltada para o futuro, e não para o passado. De modo que nada tem a ver com o ressarcimento do dano e, por consequência, com os elementos para a imputação ressarcitória – os chamados elementos subjetivos, culpa ou dolo. A ação inibitória pode atuar de três maneiras distintas. Em primeiro lugar, para impedir a prática de ilícito, ainda que nenhum ilícito anterior tenha sido produzido pelo réu. Essa espécie de ação inibitória foi a que encontrou maior resistência na doutrina italiana. Isso é explicável em razão de que essa modalidade de ação inibitória, por atuar antes de qualquer ilícito ter sido praticado pelo réu, torna mais árdua a tarefa do juiz, uma vez que é muito mais difícil constatar a probabilidade do ilícito sem poder considerar qualquer ato anterior do que verificar a probabilidade da sua repetição ou da continuação da ação ilícita. Como se vê, o problema das três formas de ação inibitória é ligado diretamente à prova da ameaça. Enquanto duas delas – a que visa inibir a repetição e a que objetiva inibir a continuação –, ao se voltarem para o futuro, e assim para a probabilidade da repetição ou da continuação, *podem considerar o passado*, ou seja, o ilícito já ocorrido, *a outra não pode enxergar ilícito nenhum no passado, mas apenas atentar para eventuais fatos que constituam indícios de que o ilícito será praticado*” (MARINONI, 2007, p. 3-4).

dade extraordinária a certo substituto processual que compreenda a atribuição de defesa desta espécie de direito transindividual (vide seção seguinte).

A melhor exegese do dispositivo confere característica enumerativa, exemplificativa ou, ao menos, não exaustiva ao rol do art. 21, parágrafo único, da Lei n. 12.016/2009, já que não seria lícito ao legislador ordinário tolher ou limitar a eficácia jurídica de uma garantia fundamental, como o mandado de segurança coletivo, inscrito formalmente no catálogo de direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal²⁹.

Ora, haveria alguma razão (de ordem constitucional) para restringir o que constituinte optou expressamente por não restringir? Não nos parece. Deve-se recordar, inclusive, como bem anotado por Ada Pellegrini Grinover (1991, p. 76), que os instrumentos jurídico-processuais previstos na Constituição devem ter interpretação que lhes garanta a maior eficácia possível (conforme interpretação do art. 5º, § 1º, CF). Interpretando-se a lei, portanto, a partir da Constituição, verifica-se que o *writ* coletivo tem cabimento para salvaguardar, também, direitos difusos.

Para Ovídio Araújo Batista da Silva (2000, p. 415), todavia, a necessidade de produção de prova para além da de ordem documental seria inerente a demandas que versassem sobre direitos difusos, inviabilizando a ação sumária.

Parece radicalmente equivocado o entendimento segundo o qual direitos difusos não podem ser demonstrados mediante prova documental pré-constituída³⁰. Direitos difusos não guardam nexos algum necessário com prova complexa. Por exemplo, pode-se facilmente comprovar a admissão de funcionários públicos sem a observância da regra do ingresso por concurso público ou a compra de determinado bem sem a devida licitação, a ensejar violação do direito difuso à legalidade administrativa (entre outros), com simples cópia de atos no *Diário Oficial*. Em verdade, demandas clássicas de cunho meramente individual, tantas vezes, podem exigir prova muito mais complexa que muitas ações coletivas, tais como perícias e inspeções. Enfim, um sem número de violações a direitos difusos podem ser verificadas pela simples apresentação de prova documental. Como visto anteriormente, direitos difusos não são caracterizados por sua complexidade, mas por terem por causa material a identificação entre interesses dispersos na sociedade, bem como pela sua indisponibilidade absoluta.

Existem, ainda, outros argumentos pertinentes, lançados pela doutrina, em prol da viabilidade da utilização do instrumento estudado para provocar a tutela judicial de direitos difusos. Um deles é o de

²⁹ “Ademais, o mandado de segurança, como é curial, possui natureza de garantia constitucional fundamental (art. 5º, LXIX e LXX, CF/1988). Da *fundamentalização* do instrumento, retiram-se diretrizes hermenêuticas inafastáveis: a) incompatibilidade, como acima já adiantamos, com a interpretação restritiva quanto ao seu campo de incidência e legitimação” (ALMEIDA; BENJAMIN, 2010, p. 54).

³⁰ Como sustentam BULOS, 1996, p. 64-65, e SILVA, 2000, p. 414-415.

que uma interpretação restritiva do referido parágrafo da Lei n. 12.016/2009 conflitaria com a garantia de acesso à justiça prevista no inciso XXXV do art. 5º da CF (LEHFELD; SILVA, 2010, p. 150). Arrematando esse entendimento, como mencionam Gregório Assagra de Almeida e Antonio Herman Benjamin, não permitir a impetração do *mandamus* de viés coletivo para a tutela de todos os direitos transindividuais importaria em ofensa ao princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum que se infere do art. 83 da Lei n. 8.078/1990³¹. Segundo o autor, com acerto, esse artigo do CDC seria aplicável ao mandado de segurança coletivo na medida em que o art. 21 da Lei n. 7.347/1985 dispõe que “se aplicam 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” (ALMEIDA; BENJAMIN, 2010, p. 53-54). Assim, consentâneos com a ordem constitucional, os dispositivos anteriormente indicados têm o condão de alcançar suporte jurídico à impetração do instrumento processual em questão para a proteção judicial de direitos difusos³².

Dessa forma, bem analisado o problema, e pela lente da Constituição, não há de se conferir contorno taxativo ao rol do art. 21, parágrafo único, da Lei n. 12.016/2009.

2.7 O objeto do mandado de segurança coletivo como medida da legitimidade extraordinária conferida pelo ordenamento jurídico ao substituto processual

Em abstrato, pode-se afirmar que o objeto do mandado de segurança coletivo são os direitos transindividuais. O adjetivo *coletivo* só pode significar que ele não se dirige, como seu par de feição individual, à tutela de direitos divisíveis e titularizados por um ente unipessoal, mas à tutela de direitos de titularidade coletiva, indivisíveis e que demandam postulação por uma via própria e adequada, tal qual o *writ* coletivo. Em concreto, porém, como afirmado na subseção 1.2.4, o seu objeto só poderá ser conformado mediante uma apreciação substituto a substituto processual, conforme a legitimidade conferida pelo ordenamento a cada um destes legitimados extraordinários. No âmbito da ação civil pública, não haveria a necessidade de empreender essa tarefa, uma vez que a legitimidade dos órgãos descritos na Lei n. 7.347/1985 (art. 5º) diz respeito a toda sorte (à exceção das matérias descritas no parágrafo único do art. 1º da lei) de direitos difusos e coletivos, apesar da necessidade de aferição da pertinência temática entre objeto da ação e fins institucionais do autor.

31 “Art. 83. 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”. “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”.

32 No sentido proposto, vide VASCONCELOS; WAMBIER, 2009, p. 204.

Não foi o que o legislador originário pretendeu para o mandado de segurança coletivo, visto que o inciso LXX, alínea *b*, do art. 5º da CF irá restringir o poder de demanda das organizações sindicais, entidades de classe e associações. Aqui deve ser feita uma anotação importante. Vemos, sim, o *writ* coletivo como uma ação civil pública (*lato sensu*) de rito sumário³³. Ora, se os próprios substitutos (Ministério Público, Defensoria Pública, União, estados, municípios, autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e associações) legitimados ao ajuizamento da ação civil pública *stricto sensu* (da Lei n. 7.347/1985) podem buscar a defesa dos direitos difusos e coletivos em geral, por que razão não poderiam as organizações sindicais, as entidades de classe e associações fazê-lo por meio do *writ* coletivo nas hipóteses pertinentes ao mandado de segurança? Ontologicamente não há razão alguma. Contudo, a Lei Maior, no que tange ao conteúdo da ação coletiva, restringe a atuação dos citados entes expressamente, ao que não pode fechar os olhos o hermenêuta.

É necessário enfrentar, então, o rol, previsto na CF, de legitimados à impetração do mandado de segurança coletivo para que se possa definir a que postulações cada um deles está legitimado, ou seja, qual o seu objeto possível em face de cada um dos substitutos processuais assim autorizados pela lei. Consta do Texto Magno:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXX - 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;

A questão atinente a saber se esse rol é taxativo ou não será tratada no próximo e último capítulo desta obra. Por ora, analisar-se-ão os partidos políticos com representação no Congresso Nacional.

2.7.1 A legitimidade dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional

A doutrina se divide quando trata da atuação potencial dos partidos no campo do mandado de segurança coletivo. José Joaquim Calmon de Passos (1989, p. 19-22), Ovídio Araújo Batista da Silva (2000, p. 415-417) e Hely Lopes Meirelles (2003, p. 29) entendem que estes entes só podem impetrar

33 Entende tratar-se de ação civil pública, NERY JUNIOR, 1990, p. 155.

a ação referida para salvaguardar direitos de seus filiados. Assim, sob essa perspectiva, no caso dos partidos políticos, o *mandamus* coletivo serviria de instrumento apenas à tutela de direitos coletivos, dada a presença de identificabilidade jurídica do grupo de filiados. A jurisprudência acerca do assunto ainda é muito incipiente, porém, ao menos uma vez, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, em decisão muito criticada, neste sentido³⁴.

Para o primeiro autor citado, “a legitimação sem fronteiras que seja reconhecida aos partidos políticos significará o caos, além de transferir para o âmbito do Judiciário (arena inadequada) a luta política” (Passos, 1989, p. 21). Já para o segundo, a necessidade de produção de prova para além da ordem documental seria inerente a demandas que versassem sobre direitos difusos, inviabilizando a ação sumária (SILVA, 2000, p. 415).

Quanto ao segundo argumento, já se sustentou que a assertiva não tem fundamento, uma vez que não se percebe vinculação necessária entre direitos difusos e complexidade de prova. No que toca ao primeiro, não parece que reconhecer a legitimidade de partidos políticos à impetração para a defesa de direitos difusos vá significar o “caos” ou a transformação do Judiciário em arena política. Primeiro porque a legitimação não é “sem fronteiras”, depende de existir pertinência temática em face do programa partidário da agremiação (vide subseção 1.2.3) e de estar o partido cumprindo suas funções institucionais e partidárias. Ademais, os mais de 20 anos de ação civil pública *stricto sensu*, cuja legitimidade para ajuizamento, inclusive em matéria de direitos difusos, alcança os mais diversos órgãos, até mesmo alguns fortemente influenciados sob o ponto de vista político, demonstram que é plenamente possível a tutela destes direitos de forma social e juridicamente ordenada. Quanto a fazer do foro judiciário campo de lutas políticas, ora, nunca se negou a legitimidade *ad causam* dos partidos políticos para a impetração de mandado de segurança em matérias de cunho político, para a defesa de seu próprio interesse, o que jamais impediu a magistratura de realizar um exame estritamente jurídico das demandas. De outra parte, nem se deseja que tais entes tenham acesso a prestações jurisdicionais tais como lhes é garantido na Constituição. Se uma voz se levanta para coibir o que considera um abuso do poder constituído e a irresignação for pertinente, enaltece-se a ordem jurídica; se impertinente, fundada em motivos estritamente políticos, bastará ao juiz extinguir o processo, como já se fez repetidas vezes. O que não se pode admitir é que tenha o Poder Judiciário qualquer temor em examinar questões complexas ou que sejam objeto simultâneo de embates políticos, pois, acima disso, está sua função fundamental de dizer e fazer valer o direito.

34 “EMBARGOS DECLARATÓRIOS – MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – PARTIDO POLÍTICO. A exemplo dos sindicatos e das associações, também, os partidos políticos só podem impetrar mandado de segurança coletivo em assuntos integrantes de seus fins sociais em nome de filiados seus, quando devidamente autorizados pela lei ou por seus estatutos. Não pode ele vir a juízo defender direitos subjetivos de cidadãos a ele não filiados ou interesses difusos e sim direito de natureza política, como, por exemplo, os previstos nos arts. 14 a 16 da Constituição Federal. Embargos rejeitados” (STJ, EDcl no MS n. 197/DF, Rel. Min. Garcia Vieira, Primeira Seção, j. em 11.9.1990, DJ de 15 out. 1990, p. 11182).

A posição majoritária na doutrina entende no sentido de ver legitimado o partido político com representação no Congresso Nacional a litigar, pela via do *writ* coletivo, não só em defesa de direitos coletivos, mas também difusos³⁵. Também já decidiu, nesse sentido, o STJ³⁶.

Dois argumentos principais devem ser relevados quanto a esta posição. O primeiro deles deriva da leitura do dispositivo constitucional que trata da legitimidade dos partidos políticos. Na alínea *b* do inciso LXX (art. 5º, CF), lê-se que as organizações sindicais, entidades de classe e associações serão legitimadas à defesa “dos interesses de seus membros ou associados”. Já na alínea *a*, que trata dos partidos, não há ressalva alguma quanto ao conteúdo da impetração.

O segundo argumento, de maior peso, diz com a própria natureza jurídica dos partidos políticos. Essas entidades, diversamente do que ocorre com as demais espécies de associações³⁷ descritas na alínea *b* citada, têm por finalidade elementos externos a si mesmas. Assim, é da sua própria natureza a destinação à defesa de direitos que não lhes dizem respeito diretamente, ou aos seus filiados, mas à sociedade, cujos interesses procuram representar. A propósito, a lição de Teori Albino Zavascki (2006, p. 212):

Com efeito, as associações – sindicais classistas e outras – têm como razão existencial o atendimento de interesses ou de necessidades de seus associados. Seu foco de atenção está voltado diretamente para seus associados, que, por sua vez, a ela confluíram justamente para receber a atenção e o atendimento de necessidade ou de interesse próprio e particular. É natural, portanto, e apropriado à natureza dessas entidades, que, ao legitimá-las para impetrar segurança, o constituinte tenha estabelecido como objeto da demanda a defesa dos interesses dos próprios associados, limitação inteiramente compatível com o móvel associativo. O que ocorre nos partidos políticos, entretanto, é um fenômeno associativo completamente diferente. Os partidos não têm como razão de ser a satisfação de interesses ou necessidades particulares de seus filiados, nem são eles o objeto das atividades partidárias. Ao contrário 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.

Dessa forma, é consentâneo com a causa final dos partidos que estes se voltem naturalmente à promoção de bandeiras sociais e não dos interesses de seus filiados.

Todavia, admitida a utilização do *writ* coletivo pelos partidos políticos para a defesa de direitos difusos e coletivos, deve-se sempre estar atento à finalidade jurídica dessas entidades. Reza o art. 1º da Lei dos Partidos Políticos (Lei n. 9.096/1995) que: “O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal”.

35 Entre outros GRINOVER, 1991, p. 78; NERY JUNIOR, 1990, p. 156; OLIVEIRA, 1990, p. 142; FARIA, 1993, p. 37; BARBI, 2000, p. 53-56.

36 O acórdão julgou recurso do Partido dos Trabalhadores que demandava do governador do Estado do Paraná a exibição de documento de interesse da sociedade (direito difuso à exibição de documento (art. 5º, XXXIII, CF). “Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. PARTIDO DOS TRABALHADORES E PARLAMENTARES ESTADUAIS. GOVERNO DO PARANÁ. PROTOCOLO DE INTENÇÕES CELEBRADO COM RENAUT DO BRASIL AUTOMÓVEIS S/A. INSTALAÇÃO DE MONTADORA DE VEÍCULOS NO ESTADO. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS DO INTERESSE DA COLETIVIDADE. ART. 5º, INCISO XXXIII, CF. 1. Entre os Direitos e Garantias Fundamentais capitulados no art. 5º da Constituição Federal está inserido o de que ‘todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo em geral, que serão prestados no prazo de lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado’ (inciso XXXIII). 2. Inequívoco que os documentos cuja exibição foi requerida pelos impetrantes não estão protegidos pelo sigilo prescrito no art. 38 da Lei n. 1.595/1964, sendo sua publicidade indispensável à demonstração da transparência dos negócios realizados pela Administração Pública envolvendo interesses patrimoniais e sociais da coletividade como um todo. 3. Recurso ordinário conhecido e provido para, reformando o acórdão impugnado, conceder a segurança nos termos do pedido formulado pelos recorrentes” (STJ, RMS n. 10.131/PR, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, j. em 7.11.2000, DJ de 18 fev. 2002, p. 279).

37 Sobre os partidos políticos serem, antes de mais nada, associações, vide CARVALHO, 1993, passim.

Acima de tudo, as agremiações políticas têm por finalidade o resguardo do regime democrático, o que significa o mesmo que dizer que lhes compete assegurar a própria democracia. Democracia, como comenta José Afonso da Silva (2006, p. 126), que cita a célebre lição de Abraham Lincoln, é o “governo do povo, pelo povo e para o povo”³⁸. Dito de outra forma, é o poder político, decisório, nas mãos do povo, a quem cabe reger a própria vida como bem lhe aprouver, sendo, no Brasil, exercitado direta e indiretamente (art. 1º, parágrafo único, CF).

Por outro lado, modernamente, a partir das revoluções constitucionalistas do século XVIII, mas mais fortemente no século XX, a concepção de democracia passa a estar intimamente ligada, a tal ponto que não mais poderia delas se dissociar, às ideias (*rectius*: valores) de liberdade e igualdade (BASTOS; MARTINS, 1988, p. 207 et seq.). É que, historicamente, o poder não transitou das mãos da aristocracia e da monocracia às mãos do povo (*rectius*: da democracia) sem um motivo forte. Foi a partir da necessidade de, primeiro, liberdade perante a atuação estatal e, depois, de igualdade que as massas se rebelaram contra seus governantes “outorgados”. Daí que nasceu a relação umbilical entre o “governo do povo” e os princípios da liberdade e da igualdade, uma vez que se buscou a titularidade do poder como forma precípua de garantir os valores que então passaram a lhe ser intrínsecos (1988, p. 201). Nessa vertente, a doutrina reconhece que o resguardo da liberdade e da igualdade não dá apenas sentido à democracia, como também é seu pressuposto³⁹.

Assim, como forma de patrocinar a democracia e seus dois valores subjacentes principais, visto que sem adequadas condições de liberdade e de igualdade não se pode reconhecer a existência de um verdadeiro “governo do povo”, a Lei n. 9.096/1995 confere aos partidos políticos a tarefa de “assegurar” o sistema representativo e os direitos fundamentais. Conclui-se, portanto, que a legitimidade dos partidos políticos para a impetração do mandado de segurança coletivo para a proteção de direitos transindividuais depende de a causa ter por escopo: a) imediatamente, o resguardo do sistema representativo ou de direitos fundamentais; b) remotamente, o resguardo da democracia e dos valores que lhe garantam a efetiva subsistência: liberdade ou igualdade.

O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, por exemplo, não parece ser, à primeira vista, um direito difuso tutelável por impetração do legitimado em questão. Todavia, se analisado o caso com mais atenção, pode-se chegar a outra conclusão. Em primeiro lugar, tal direito é fundamental, a despeito de não constar do catálogo de direitos fundamentais do Título II da Constituição (SARLET, 2006, p. 135-138). Em segundo lugar, sem a garantia de um meio ambiente saudável, não há como se assegurar a um povo que viva livremente e em condições de igualdade entre seus membros, com potencial

38 Lincoln pronunciou esta afirmação em discurso proferido na inauguração do cemitério nacional americano de Gettysburg quando aquele país se encontrava em sua histórica guerra civil.

39 Como assevera Pinto Ferreira (1989, p. 36), “a alma da democracia consiste na liberdade e na igualdade”. A propósito, vide BOBBIO, 1986, p. 20, e BERNIS, 1986, p. 284.

prejuízo à democracia. Assim, um partido voltado, conforme seu programa, à defesa deste direito teria legitimidade para impetrar, conforme o caso, mandado de segurança coletivo.

Pois bem, cabem agora alguns comentários sobre o requisito da “representação no Congresso Nacional”. Esse pressuposto é o que confere a chamada “representatividade adequada” ao substituto processual em comento (GRINOVER, 1991, p. 58 et seq.). Significa dizer que o partido político só estará autorizado a demandar proteção a direitos difusos e coletivos que não lhe são próprios se demonstrar que “representa” ao menos algum segmento social.

Existe, contudo, uma exceção a essa regra bem notada por Lira de Carvalho. Poderá o partido político agir em juízo por meio do *mandamus* coletivo para proteger direito (coletivo) de seus filiados ainda que não detenha um representante no Poder Legislativo federal. Agirá, então, como mera associação. Vale dizer, não deterá legitimidade processual pela alínea *a* do inciso LXX do art. 5º da CF, mas pela alínea *b* do dispositivo, como qualquer outra agremiação. Como leciona o citado professor, partidos políticos, em seu âmago, não são senão associações, agremiações de direito privado. Decorrência disso é que, se não têm representante no Senado ou na Câmara de Deputados, podem, ainda assim, ir a juízo para proteger os interesses de seus filiados. Assim, o requisito quanto à representatividade do substituto processual, nesse caso, deixa de ser a colocação de um representante no Congresso Nacional e passa a ser o mesmo que se exige das organizações sindicais, entidades de classe e demais associações, qual seja, um ano de constituição da entidade (CARVALHO, 1993, p. 77-84), conforme será visto na próxima subseção.

2.7.2 A legitimidade das organizações sindicais, entidades de classe e associações

Como consta da Lei Fundamental, “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por [...] organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

O termo “organização sindical” abrange não só os sindicatos de empregados e empregadores como as federações e confederações na forma do Título V, Seção V, da Consolidação das Leis do Trabalho⁴⁰. “Entidade de classe”, por sua vez, refere-se às ordens profissionais, como as que congregam “advogados, médicos, arquitetos, físicos, químicos, dentistas, engenheiros, comerciantes, industriais etc.” (REMÉDIO, 2002, p. 498-499).

40 Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.

Entretanto, a indicação, a seguir, da legitimação das associações para a impetração faz com que a menção a entidades de classe e sindicatos sirva apenas para espantar qualquer dúvida sobre a sua natureza associativa, de molde que os entes legitimados pela alínea *b* do inciso LXX do art. 5º da Constituição são as associações em geral, cuja personalidade seja reconhecida pela lei.

Quanto à extensão da legitimação das associações, parece que o texto constitucional é claro em limitar o manejo do MSC à defesa de direitos coletivos⁴¹. Como antes afirmado, nada obstaría, ontologicamente, a ampliação da legitimidade das associações à tutela de direitos difusos, como hoje ocorre no âmbito da ação civil pública *stricto sensu*, porém não julgou o constituinte oportuno fazê-lo. Assim, em não existindo outros dispositivos constitucionais que pudessem dar azo a outro entendimento, a expressão utilizada no texto constitucional “em defesa dos interesses de seus membros ou associados” não pode dar margem a interpretação que não a de que tais entes estão legitimados à substituição processual para a defesa de direitos coletivos⁴².

2.8 Os limites subjetivos da coisa julgada no mandado de segurança coletivo

Como afirmado na subseção 1.2.1 (Regulação normativa das questões de direito processual civil coletivo) desta obra, a falta de disposições específicas que regulem as peculiaridades do mandado de segurança como ação voltada à proteção de direitos transindividuais forçou os estudiosos a reconhecer, calcados no texto do art. 21 da Lei n. 7.347/1985⁴³, a aplicabilidade do microsistema formado por esta e pela Lei n. 8.078/1990 (CDC), no que lhe for compatível, ao *writ*.

Viu-se também (subseção 1.2.4) que os limites subjetivos da coisa julgada informam a quem a imutabilidade do *decisum* se reporta, definem quem não mais poderá questionar o quanto fora definido no dispositivo transitado em julgado.

Os limites subjetivos da coisa julgada no CDC, no que tange às decisões judiciais que versem sobre direitos transindividuais, vão regulados no seu Capítulo IV (Da Coisa Julgada), mais precisamente no art. 103:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que

41 Nesse sentido, MEIRELLES, 2003, p. 25-26; GRANGEIA, 1989, p. 85; BARBI, 2000, p. 53-56. Entendendo possível a utilização do MSC pelas associações para a defesa de direitos difusos, GRINOVER, 1991, p. 78-79; MORAES, 2002, p. 176.

42 Nessa linha, já decidiu o STF, “EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. IMPETRAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO DE CLASSE. LEGITIMAÇÃO ATIVA. ART. 5º, INCISOS XXI E LXX, *B*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A associação regularmente constituída e em funcionamento, pode postular em favor de seus membros ou associados, não carecendo de autorização especial em assembléia geral, bastando a constante do estatuto. Mas como e próprio de toda substituição processual, a legitimação para agir está condicionada à defesa dos direitos ou interesses jurídicos da categoria que representa. Recurso extraordinário conhecido e provido para que o tribunal *a quo*, afastada a preliminar de ilegitimidade ativa da impetrante, julgue o mérito do mandado de segurança” (STF, RE n. 141.733, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, j. em 7.3.1995, DJ de 1º set. 1995, p. 27384, Ement. Vol. 01798-03, p. 00593).

43 “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”.

qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81 [direitos difusos];

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se trata da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81 [direitos coletivos];

[...]

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

Trata-se da consagração da coisa julgada *secundum eventum litis*. Uma vez que o sistema de ações coletivas brasileiro não adotou o método americano de aferição da *representatividade adequada* do substituto processual, averiguada pelo juiz da causa na hipótese judicial concreta, o que lhe permite verificar a oportunidade da extensão dos efeitos de eventual sentença aos substitutos em questão, restou abraçar método em que os grupos sociais fossem, ao menos, abrigados da atuação de substitutos que não lograssem condições adequadas de demonstrar sua alegação em juízo. Como observa Ada Pellegrini Grinover (1991, p. 81),

o constituinte brasileiro não escolheu o caminho do controle judicial da *representatividade adequada*, satisfazendo-se com o critério da existência legal e da pré-constituição dos corpos intermediários legitimados à ação de segurança.

Diante disso, a solução para a fixação dos limites subjetivos do julgado no mandado de segurança coletivo – a única admissível *de constitutione lata* e também a melhor *de lege ferenda* – parece ser a adoção da coisa julgada *secundum eventum litis*.

Conforme este critério, consagrado no CDC, os legitimados extraordinários não poderão rediscutir a matéria tutelada no dispositivo da sentença albergado pela coisa julgada em nova ação, a não ser que tal *decisum* seja de improcedência por insuficiência de provas. Nesse caso, qualquer legitimado poderá intentar, com supedâneo em novas evidências, nova ação coletiva, ainda que arguindo o mesmo direito (BASTOS, 2007, p. 197).

E mesmo que a ação coletiva seja rejeitada pelo seu mérito, e, assim, fiquem os legitimados extraordinários impedidos de intentar nova demanda, a via individual, por força do que dispõe o § 1º do art. 103 do CDC, fica, assim, sempre resguardada⁴⁴.

Como bem resume Silvia Resmini Grantham (2003, p. 293), são três os possíveis limites subjetivos da coisa julgada em sede de segurança coletiva: a) se houver concessão da segurança, todos os substituídos

⁴⁴ Segundo Ada Pellegrini Grinover (2001, p. 855), “Nos termos do disposto no § 1º do art. 103, os efeitos da coisa julgada (ou a autoridade da sentença, na teoria de Liebman) não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, que poderão promover ações pessoais de natureza individual, após a rejeição da demanda coletiva”. Nesse sentido, afirma Pedro da Silva Dinamarco (2002, p. 708), “Se for denegada a segurança, com exame exauriente do mérito, não será possível impetrar-se outro mandado de segurança coletivo ou qualquer outra demanda coletiva. Mas essa denegação jamais impedirá a propositura de demandas individuais por aqueles que se sentirem prejudicados pelo ato impugnado, pois a própria sistemática da coisa julgada contida no Código de Defesa do Consumidor leva sempre a essa conclusão, especialmente se confrontada com o princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LV). Assim, essas pessoas podem ser apenas *beneficiadas* pelo resultado da demanda coletiva, nunca prejudicadas”.

no processo são afetados pela decisão; b) se houver denegação da segurança, ou seja, se houver rejeição da demanda sumária pelo seu mérito, não poderá ser intentado novo *writ* coletivo, porém continuam admitidas as ações individuais, e c) se houver extinção do processo por falta de provas, não se fará coisa julgada, podendo qualquer substituto processual repropor a ação desde que surjam novas provas.

O art. 22, *caput*, da Lei n. 12.016/2009, ao tratar do tema, não teve o efeito de modificar a disciplina jurídica acima tratada⁴⁵. Eis os seus termos:

Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

Como se vê, trata-se de disposição coerente com a tutela judicial de direitos coletivos *stricto sensu* e com o art. 21 precedente, que nada estabelece acerca da possibilidade da impetração coletiva em face da defesa de direitos difusos. Não existe, no dispositivo transcrito, como há no art. 103, inciso II, do CDC, previsão de que, em caso de extinção do processo por insuficiência de provas, a respectiva decisão não será coberta pela coisa julgada. Contudo, sabe-se que a rejeição de qualquer mandado de segurança por insuficiência de provas sempre importou no reconhecimento do não preenchimento do pressuposto constitucional de cabimento do “direito líquido e certo”. Assim, por incidência do art. 6º, § 1º, da nova lei⁴⁶, deve ser confirmado o que já constava do art. 16 da Lei n. 1.533/1951⁴⁷ e da Súmula n. 304 do STF⁴⁸: a decisão que afasta a via do *writ* por ausência de prova da liquidez e certeza do direito não interfere no mérito da questão e não impede a sua repropositura⁴⁹.

Na hipótese de decisão que verse sobre direitos difusos, como a nova regulamentação nada trata a respeito, manter-se-á a aplicação, por analogia, das disposições do CDC⁵⁰.

45 “A adequada compreensão do fenômeno da coisa julgada no *mandado de segurança coletivo* não se limita ao dispositivo transcrito. Tornam-se necessárias a leitura e aplicação do regime da coisa julgada coletiva do art. 103 do CDC” (BENJAMIN, 2010, p. 315).

46 “Art. 6º [...] § 6º O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito”.

47 “O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito”.

48 “Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria”.

49 Refere Ada Pellegrini Grinover (2001, p. 844), “Ainda para o mandado de segurança coletivo, uma peculiaridade interessante quanto à coisa julgada: a incidência da regra dos incisos I e II do art. 103, atinente à inexistência de coisa julgada em caso de improcedência por *insuficiência de provas*, verificar-se-á sempre que a segurança for rejeitada por inexistir a liquidez e certeza do direito; confirma-se assim, também pelo sistema do Código, a orientação jurisprudencial segundo a qual, nesse caso, não fica impedida ao impetrante a renovação da segurança, desde que baseada em nova prova documental que configure a liquidez e certeza do direito”.

50 “Na medida em que a Lei n. 12.016/2009 buscou afastar da proteção do mandado de segurança coletivo os direitos difusos, considerando que a intenção da nova lei foi a de retirar do processo de mandado de segurança coletivo a proteção de direitos de grupo, afigura-se coerente a disciplina apequenada conferida à coisa julgada. De toda forma, na hipótese de denegação da segurança por falta de direito documentalmente acertado, isto é, em razão de inexistência de direito líquido e certo, cabível a renovação da segurança instruída com prova documentalmente suficiente. Como se defende neste trabalho a utilização do mandado de segurança para a proteção de toda a sorte de direitos transindividuais (difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos), forçoso reconhecer que continua sendo cabível a aplicação do art. 103 da Lei n. 8.078/1990 às situações omissas” (FERRARESI, 2010, p. 126-127).

A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

3.1 Missão constitucional do Ministério Público

Antes de adentrar o exame da legitimidade do MP para o manejo da ação em testilha em seu aspecto formal, é interessante e oportuno verificar se o Órgão Ministerial, materialmente, deteria tal legitimidade. Afinal, de nada lhe adiantaria tê-la prevista como opção em seu leque de ferramentas jurídicas se pelo seu uso não pudesse contribuir, de alguma forma, com a consecução de suas finalidades institucionais.

E quais são as suas finalidades institucionais? Qual é a missão constitucional do Ministério Público brasileiro?

Deixando de lado as diversas conformações, tanto no que se refere à sua estrutura orgânica quanto aos instrumentos de intervenção que lhe foram concedidos ao longo da história, em matéria de vetores institucionais, o Ministério Público pode ser, basicamente, dividido em duas fases: uma anterior à Constituição de 1988 e outra posterior. Antes, desde o Brasil Colônia, o Órgão¹ detinha a função de defender os interesses próprios do Estado, ou seja, o chamado interesse público secundário, que nem sempre se confundia com o interesse social, da coletividade. Por outro lado, mesmo desde tal período, por força das ordenações provindas de Portugal, já lhe competia, ainda que de forma muito pontual, a defesa de alguns interesses públicos primários (GARCIA, 2004, p. 28-39)². Esse estado de coisas, no que se refere à função desempenhada pelos promotores de Justiça, perduraria no Brasil monárquico e durante boa parte de sua fase republicana (GARCIA, 2004, p. 29-36).

Foi com o advento da Lei Complementar n. 40, de 1981, que estabelecia as normas gerais a serem adotadas na organização dos Ministérios Públicos estaduais, que o *Parquet*, pela primeira vez, foi

- 1 Anote-se que o “órgão” Ministério Público só irá surgir, efetivamente, como instituição, com a promulgação de dois Decretos (n. 848 e 1.030) em 1890, conjuntamente ao surgimento da República brasileira. Antes disso, porém, a figura do promotor de Justiça já existia (GARCIA, 2004, p. 30).
- 2 Sobre a dicotomia interesse público primário e secundário, vide MELLO, 2006, p. 62-66.

desvinculado da defesa estatal e passou a exercer o múnus exclusivo da defesa (dos interesses sociais) do povo³.

O encargo se tornaria a regra para o Ministério Público brasileiro alguns anos depois⁴. A função ministerial veio tratada na Constituição de 1988 como em nenhum outro momento histórico. Como se pode perceber da leitura dos dispositivos constitucionais que lhe são atinentes (Título IV, Capítulo IV, Seção I, da CF, além de vários outros preceitos dispersos pelo seu texto), tal função de defesa popular foi esmiuçada. Cumpre, então, analisá-los não isoladamente, mas de forma harmoniosa e concatenada, de molde a tentar entender, com alguma profundidade, sua missão institucional.

Com efeito, compete ao Ministério Público a defesa da sociedade⁵. Como o *Parquet* também está submetido ao Estado de Direito e apenas exerce uma função (um dever-poder) de Estado, de cunho administrativo, mais adequado seria dizer que lhe incumbe a proteção dos interesses jurídicos do conjunto social. Não defende os interesses do indivíduo considerado isoladamente, mas sempre na qualidade de componente da comunidade e com vistas nas aspirações do grupo.

Voltando ao texto constitucional, dele se extrai que incumbe ao Órgão a defesa do regime democrático (art. 127, *caput*). Segundo se entende, elegeu o constituinte, na democracia e, por conseguinte, na vontade popular, o bem essencial a ser objeto da função ministerial protetiva, o que é plenamente explicável em razão do contexto histórico de promulgação da Carta Magna, ainda influenciada pelos temores do regime de governo autoritário.

Rememorando o que significa democracia, é de Abraham Lincoln o feliz conceito, já expresso em outra parte desta obra, aceito até os dias de hoje pela comunidade acadêmica: democracia é o “governo do povo, pelo povo e para o povo”. Debulhando a ideia do ex-presidente americano, José Afonso da Silva (2006, p. 135) aduz que é governo *do povo*, uma vez que este é fonte e titular do poder; *pelo povo*, pois se fundamenta em sua vontade, e *para o povo*, dado que tem por escopo libertar o homem de toda situação autoritária ou de desigualdade. Conclui-se, portanto, que democracia é depositar no povo o poder político, pelo que se torna o detentor da prerrogativa de decidir as questões não só dos rumos fundamentais da nação, mas também de quaisquer outras que importem na regulação da vida em sociedade.

Assim, cumpre ao Ministério Público assegurar, pelos meios que lhe forem conferidos pelo próprio povo, que o poder político permaneça em suas mãos, o que importa em muito mais do que simplesmente impedir a instalação de um regime autoritário ou totalitário no país. Subjacentes ao princípio

3 Obrigação esta que perduraria para o Ministério Público da União até a promulgação da Constituição de 1988 (GARCIA, 2004, p. 34-35).

4 “A evolução institucional do Ministério Público orientado a um órgão de defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, distanciando-o de suas origens de defensor dos interesses do soberano, exige dele uma atuação imparcial e independente. A Constituição de 1988 pôs termo ao antigo regime que propiciava ao Ministério Público exercer a uma só vez funções típicas de seu cargo e a defesa dos interesses do Estado em juízo” (PAES, 2003, p. 188). Dispõe o art. 129, inciso IX, da CF/88: “São funções institucionais do Ministério Público: [...] IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedadas a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

5 Entre inúmeros outros, GUIMARÃES JÚNIOR, 1999, p. 97; MAZZILLI, 2005b, p. 63.

democrático, os princípios da soberania popular (art. 1º, parágrafo único, CF: “todo o poder emana do povo”), supremacia da lei (art. 1º, *caput*) e da cidadania (art. 1º, II) exigem de todos, Estado e indivíduos, que respeitem a vontade da sociedade corporificada na lei pelo exercício do poder político.

Daí asseverar-se, paralelamente, que ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica (art. 127, *caput*, CF), uma vez que a lei corresponde, em tese, à própria vontade do povo e é legítima manifestação de seu poder político. A fim de desincumbir-se dessa responsabilidade, por outro lado, a Constituição confere ao Órgão Ministerial poderes específicos não apenas para exigir a observância e o fiel cumprimento do Direito⁶, mas igualmente para garantir sua coerência e integridade orgânica. A proteção exercida pelo MP é, portanto, de natureza externa e interna. Como ressalta Eduardo Ritt (2002, p. 155 et seq.), resguardar a ordem jurídica é antes de tudo resguardar a ordem jurídica constitucional de eventual desrespeito, inclusive pelo legislador ordinário, ajustando-se a esta incumbência a prerrogativa de propositura de ações de inconstitucionalidade e constitucionalidade (arts. 129, IV, e 103, VII e § 4º), entre outras postas no Texto Magno.

Por outra vertente, a defesa, pelo Ministério Público, dos interesses sociais (art. 127, *caput*, CF) convertidos em direitos e plasmados no ordenamento pátrio pode ser observada em múltiplos casos. No âmbito criminal, compete-lhe, principalmente, a propositura privativa da ação penal (art. 129, I). Na seara civil, o interesse social pode vir tanto imantado em direitos difusos e coletivos (chamados direitos transindividuais, como ao meio ambiente equilibrado, à integridade do patrimônio público ou aos serviços adequados de saúde⁷; art. 129, III) como em direitos individuais, homogêneos ou não. Os direitos individuais *stricto sensu* tuteláveis pelo MP são os chamados direitos individuais indisponíveis (art. 127, *caput*), que, apesar de serem individuais, conjugam interesses tão caros à coletividade que ela mesma confere ao *Parquet* a função de resguardá-los^{8 9}.

Pois bem, dito isso, cabe enfatizar que o constituinte fez questão de ressaltar o papel de defesa dos interesses sociais, pelo MP, em face da ação danosa do próprio Poder Público ou de seus agentes. Andou bem o legislador, uma vez que, efetivamente, o agente causador de violação de direitos no Brasil é, muitas vezes, a própria Administração Pública¹⁰. Como referido alhures, a medida é plenamente explicável em face do contexto sociopolítico vivenciado pelo país à época dos trabalhos de elaboração da Carta de 88. Está posto em seu art. 129, inciso II:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
[...]

- 6 “Ordem jurídica não guarda similitude com a lei, mas, sim, com o Direito, sendo noção eminentemente mais ampla” (GARCIA, 2004, p. 44). É importante que se faça essa ressalva, pois a defesa da lei pelo Ministério Público não se confunde, de maneira alguma, com a defesa da “literalidade da lei”. Como se sabe, uma hermenêutica harmoniosa e sistemática do ordenamento, por muitas vezes, pode conduzir o intérprete, pelo exercício de ponderação de princípios e regras, principalmente constitucionais, a conclusão diversa daquela que se angariaria com a mera interpretação gramatical de dispositivos legais.
- 7 Sobre os direitos transindividuais, vide seção 2.2 e seguintes.
- 8 A questão sobre a defesa de direitos individuais indisponíveis pelo Ministério Público enquanto substituto processual é controvertida (a propósito, recomenda-se a leitura do artigo de GODINHO, 2007, p. 179-200). Um juízo de proporcionalidade deve nortear a resposta ao problema. Uma vez que cabe ao *Parquet* o amparo do interesse do conjunto social, sendo-lhe vedado advogar em causa de direitos meramente individuais, não impregnados pelo citado interesse, afigura-se proporcional que a lei formal distinga os casos em que cumpre ao Órgão o manejo de ações de cunho individual, como hoje já ocorre na proteção de idosos, crianças e adolescentes. Solução mais ampla poderia levar ao desvirtuamento da missão do MP, retirando forças importantes e caras às lutas sociais de espectro macro e geral que hoje realiza para sobrepô-las ao trabalho já desempenhado por advogados e defensores públicos.
- 9 “Assim, o promotor de Justiça é titular da ação penal porque, ao postular a punição do suposto autor de um delito, está ele atendendo ao interesse da sociedade, consistente em afastar de seu convívio determinados indivíduos, que não acatam as normas consideradas pelo Estado como fundamentais à sua própria existência. Também em razão da natureza pública e indisponível do interesse, está ele legitimado a propor ação civil pública em defesa do meio ambiente e do consumidor (Lei n. 7.347/1985, art. 5º). A intervenção do curador nos processos em que se discute o estado das pessoas (art. 82, II, CPC) decorre do entendimento do legislador de que tal matéria interessa não apenas às partes em litígio, mas a toda sociedade. Os interesses, nessas hipóteses, extravasam os limites da relação jurídica, atingindo pessoas que dela não fazem parte, mas que, de maneira indireta, são afetadas pelo resultado do processo” (BEDAQUE, 1991, p. 39).
- 10 Segundo o Diagnóstico do Poder Judiciário, elaborado em 2003 e publicado em 2004 pelo Ministério da Justiça, cerca de 80% das ações que tramitam nos tribunais brasileiros versam sobre interesses do “governo”. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/reforma>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia;

11 Vide subseção 1.1.1.

Assim, a fiscalização a ser exercida pelo Ministério Público recai sobremaneira no Estado (do qual, inclusive, faz parte), o que parece razoável, uma vez que o interesse social depositado em sua atuação é, sem dúvida, de grande magnitude. Afinal, o Poder Público é instrumento de satisfação dos anseios da coletividade, não se lhe afigurando lícito servir a outro propósito por qualquer motivo ou mesmo não observar tais anseios conforme deduzidos no ordenamento. Se o comportamento estatal demonstrar-se contrário à lei, o que, na maioria dos casos, se dá com infração a algum preceito posto na Constituição, implícita ou explicitamente, ante a forte vinculação constitucional que hoje se percebe na atividade estatal, compete ao Ministério Público combatê-lo como forma de resguardar este que é um dos maiores, senão o maior, de todos os interesses sociais: Estado e agentes públicos que verdadeiramente respeitem e observem o Direito.

Materialmente, dessarte, entende-se que o manejo do mandado de segurança coletivo pelo Ministério Público ajustar-se-ia às suas pretensões institucionais de defesa da sociedade ante a ação gravosa da Administração Pública ou de seus agentes. Em se tratando de uma ação que *visa afastar ou impedir lesão a direito líquido e certo, tencionada ou perpetrada pelo Estado ou preposto estatal*¹¹, a sua utilização pelo MP afigura-se adequada ao resguardo de direitos transindividuais líquidos e certos permeados por interesse social.

3.2 A abertura do rol previsto no inciso LXX do art. 5º da Constituição Federal e no art. 21, *caput*, da Lei n. 12.016/2009

O inciso LXX do art. 5º da Constituição da República lista os órgãos legitimados à impetração do mandado de segurança coletivo e está, como já visto, assim redigido:

LXX - 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;

Seguindo a mesma linha, literalmente, a novel Lei n. 12.016/2009 assim prevê em seu art. 21:

Art. 21. 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, [...].

A primeira pergunta que pode vir à mente do jurista ao ler os dispositivos transcritos é justamente esta: este rol de legitimados está compreendido em uma enunciação taxativa? Seria ela exemplificativa? Adiante-se que exemplificativa, como a estimular uma interpretação extensiva da lista de legitimados, certamente não poderá ser, haja vista ter o sistema brasileiro de substituição processual encampado o *requisito da previsão em lei* da autorização de defesa em juízo de direitos alheios (art. 6º, CPC), o que parece ocorrer sem ofensa à própria garantia do *mandamus* ou a outros dispositivos da Constituição.

Uma vez considerada lista taxativa, entretanto, a definição poderá levar o intérprete a não admitir o emprego do recurso da analogia para ampliá-la. Foi o que decidiu o então Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence – quanto à vedação do uso da analogia no caso – em julgamento que será objeto de análise na próxima subseção desta obra¹². Essa posição, em nosso sentir, é passível de crítica, uma vez que se trata de um instrumento constitucional-processual integrante do catálogo de direitos fundamentais e que, assim, possui eficácia potenciada. Tais instrumentos, sempre que não haja lesão à própria Constituição, devem ser objeto daquela interpretação que lhes empreste a maior efetividade social possível, evitando, portanto, a exegese mais estrita¹³.

No entanto, sem adentrá-la, passa-se ao largo dessa questão para afirmar que a taxatividade do inciso LXX do art. 5º não implica afirmar, como mesmo parece admitir Sepúlveda Pertence, que outras legitimações ao MSC não possam defluir de normas integrantes do ordenamento. Supondo, por exemplo, que a Constituição atribuísse à Defensoria Pública a prerrogativa da propositura desta ação coletiva e a dispusesse na Seção III do Capítulo IV do Título IV da Constituição¹⁴ – ainda que houvesse quebra de estilo e organização da Carta –, não se evidenciaria, ao menos formalmente, qualquer invalidade no dispositivo que maculasse seu conteúdo. É o que ocorre com outras listas existentes na ordem jurídica: o rol de recursos cabíveis no processo civil é, pacificamente, considerada taxativa, porém, como leciona Nelson

12 A hipótese ventilada era a da legitimação de Estado-membro para a impetração do *writ* coletivo. Conforme o ex-ministro explanou em seu voto, “Essas modalidades de legitimação extraordinária coletiva – e a consequente abertura à tutela jurisdicional dos interessados compreendidos nas suas finalidades institucionais – seguem, contudo, excepcionais, dependentes de norma explícita que excepcione a regra geral, que, nos termos do art. 6º, CPC, continua vinculando a qualidade de agir à pertinência subjetiva da pretensão ajuizada. Nessa linha, o parecer do Professor Celso Barbi, a propósito do MS n. 143/STJ, já referido, impetrado pelo Estado do Rio de Janeiro, em caso similar. Ao Estado-membro não se outorgou essa legitimação extraordinária, seja para a tutela de interesses difusos da população – que é restrita aos enumerados na Lei da Ação Civil Pública –, seja para a impetração de mandado de segurança coletivo, objeto de enumeração taxativa no art. 5º, inciso LXX, da Constituição”. “EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. QUESTÃO DE LEGITIMAÇÃO ATIVA: IMPETRAÇÃO POR ESTADO-MEMBRO CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA QUE APROVOU PROJETO INCENTIVADO DE INDÚSTRIA PETROQUÍMICA, A INSTALAR-SE EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, SOB ALEGAÇÃO DE PREJUÍZO AO PÓLO PETROQUÍMICO A INSTALAR-SE NO ESTADO IMPETRANTE. CARÊNCIA DE AÇÃO. [...]” (STF, MS n. 21.059, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. em 5.9.1990, DJ de 19 out. 1990, p. 11486, Ement. Vol. 01599-01, p. 00039, RTJ VOL-00133-02, p. 00652).

13 “É sabido que o processo moderno não é mais visto como mero instrumento técnico para o exercício da jurisdição. Na lúcida lição de Cândido Dinamarco, considera-se hoje que a jurisdição não está pré-ordenada apenas a escopos jurídicos, tendo também objetivos sociais e políticos. O processo, como instrumento posto a serviço dos escopos da jurisdição – jurídicos, sociais e políticos – tem assim reforçada sua característica de *instrumentalidade*, no sentido de que o processo seja aderente à realidade social e política subjacente e adequado para uma resposta eficaz às controvérsias que estão à sua base. Se isso é verdade para o processo em geral, tanto mais verdade é para os instrumentos potenciados pela Constituição. De modo que a regra que se impõe, para o legislador e o intérprete, é a de que somente serão consentâneos com a Lei Maior a norma e a exegese que consigam extrair do preceito constitucional a maior carga possível de eficácia e efetividade. Qualquer lei e qualquer interpretação restritivas serão inquestionavelmente inconstitucionais” (GRINOVER, 1991, p. 75-76).

14 Que trata “Da Advocacia e da Defensoria Pública”.

Junior, se admite existirem outros fora do art. 496 do CPC, no próprio Código e fora dele, previstos em leis extravagantes¹⁵; o mesmo ocorre com o rol de direitos reais do Código Civil¹⁶.

Assim, superada essa questão, o que é efetivamente importante é saber se o rol do citado inciso LXX da CF e do art. 21, *caput*, da Lei n. 12.016/2009, que trata especificamente de legitimidade *ad causam*, (a) comporta ou não ampliação também por lei infraconstitucional e (b) se, tanto no plano legal como no plano constitucional, há *necessidade de uma previsão literal e específica* acerca da legitimidade de dada entidade para a impetração do mandado de segurança coletivo. As duas hipóteses levantadas merecem ser examinadas separadamente e pela ordem.

A razoabilidade deve ser o guia do intérprete do Direito. O fato de ter o constituinte previsto a possibilidade de impetração do *writ* coletivo por partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe e associações no próprio corpo da Constituição não impede, por si só, ao legislador ordinário de ampliar a lista de órgãos legitimados. Em se tratando de uma garantia fundamental, há a necessidade de indagar-se sobre a existência de algum valor que esteja constitucionalmente protegido na regra taxativa que justifique a estrita manutenção da estirpe constitucional de normas que ampliem prerrogativas na matéria. Nessa linha, por exemplo, decidiu o Pretório Excelso, quando declarou a inconstitucionalidade da Lei n. 10.286/2002¹⁷, que pretendia ampliar as hipóteses de foro privilegiado, constitucionalmente previstas, no julgamento de agentes políticos, protegendo os princípios republicano e da isonomia, que vedam a concessão de privilégios infundados a autoridades e ex-autoridades.

Assim, deve o intérprete questionar se há algum motivo, algum valor a se proteger, para que se proíba ao legislador infraconstitucional a elaboração de lei que, em atenção ao art. 6º do CPC, confira legitimidade à impetração do mandado de segurança coletivo a outros entes além daqueles citados na CF. O mero apego à forma, em tempos de pós-positivismo, não pode servir de justificativa a essa limitação. Uma vez respeitado o sistema de substituição processual imanente ao processo coletivo brasileiro, que exige certa representatividade do substituto para com o grupo substituído, não parece haver óbice constitucional algum a uma eventual ampliação.

A segurança jurídica, uma vez não declarando o constituinte que o rol em comento não poderá ser ampliado pelo legislador ordinário, não é elemento que se verifica na aplicação literal dos textos legais, mas na coerência interna e externa do ordenamento jurídico. Assim, desde que seja mantida sua coerência e organicidade, a admissão de outros legitimados ativos ao MSC não lhe gera qualquer ofensa, pelo que é apenas aparente a proteção deste valor ao adotar-se uma visão fechada do inciso LXX.

15 “A norma indica ter o sistema processual civil brasileiro adotado o *princípio da taxatividade* dos recursos, segundo o qual os recursos são enumerados taxativamente, em *numerus clausus*, na lei processual. Além dos relacionados no CPC [art.] 496, há outros recursos existentes no sistema do Código (‘outros agravos’ ou ‘agravo interno’: CPC [arts.] 120, parágrafo único, 532, 545, 557, § 1º) e no de leis extravagantes (v.g., LR, LPC, LEF, LMS e ECA)” (NERY JUNIOR, 2006, p. 35, nota 97).

16 “Seguindo o mesmo regime do CC/1916, [art.] 674, o CC, [art.] 1.225, adotou o sistema da *tipicidade* (ou *tipificação legal*) dos direitos reais. [...] Os direitos reais são previstos taxativamente em lei, em tipicidade fechada (*numerus clausus*). Não se pode criar direito real por convenção privada. Além dos que estão arrolados neste artigo, o sistema prevê: a) contrato de promessa de compra e venda de terrenos loteados em conformidade com o DL n. 58/1937, [...]” (NERY JUNIOR, 2005, p. 172).

17 ADI n. 2.797 (Plenário do STF, j. em 15 de setembro de 2005).

Por outro lado, não se vislumbra, *prima facie*, qualquer prejuízo à tutela jurisdicional e sua efetividade com tal ampliação, muito pelo contrário, ante a pacífica função otimizadora dos instrumentos de proteção judicial coletiva na superação do crítico déficit de prestação jurisdicional que hoje se evidencia nos foros brasileiros (GUEDES, 2006, p. 279-280)¹⁸. A tutela coletiva de direitos já criou raízes profundas e suficiente no Direito pátrio para que não haja mais temor acerca de sua instalação definitiva. Assim sendo, não se verifica a existência de valor algum que seja subjacente a uma eventual restrição à ampliação do rol em comento por lei infraconstitucional.

Passa-se, então, à segunda indagação. É justificável a necessidade de uma previsão normativa literal e específica para que se possa admitir um outro legitimado, estranho àquele rol? Relembre-se o que reza o art. 6º do Código de Processo: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, *salvo quando autorizado por lei*”. Ora, a regra não exige um texto literalmente explícito e específico como pode ter pretendido sustentar Lourival Gonçalves de Oliveira (1990, p. 144). Pode essa legitimidade defluir (e por que não poderia?) de uma interpretação sistemática do ordenamento, desde que se conclua, com isso, *que a lei autoriza determinado ente ao manejo do mandado de segurança coletivo*.

Oportuna, no ponto, a crítica de Antônio Carlos Cintra do Amaral (2001) acerca da interpretação estritamente literal:

É frustrante encontrarmos quem ainda busca efetuar uma interpretação estritamente literal das normas jurídicas. São operadores do Direito que, ao invés de indagar sobre o “sentido”, a “*ratio*”, a “finalidade” da norma, preocupam-se exclusivamente em saber qual é o significado lingüístico das palavras contidas no texto legal. O intérprete de uma norma jurídica deve buscar o seu “sentido”, sem se ater à literalidade do texto. A interpretação estritamente literal está ultrapassada.

Para entender uma norma jurídica, deve o intérprete analisar o texto através do qual ela é formulada. Nesse texto encontra palavras que devem ser compreendidas em seu significado comum e, com freqüência, no significado técnico-jurídico específico que assumem em um determinado contexto normativo. Mas a tarefa do intérprete não se limita a verificar o teor literal do texto analisado.

Recentemente, em trabalho com o título “Sobre o Positivismo Jurídico” (*Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco*, v. 1, n. 1, 2000), assim descrevi, sinteticamente, o processo de interpretação da norma jurídica (p. 122):

“A norma não deriva ou resulta da interpretação. A norma é uma abstração e pré-existe à interpretação. O raciocínio jurídico desdobra-se, a meu ver, em quatro momentos lógicos distintos. Há a compreensão do texto normativo, quando se apreende seu significado lingüístico. A partir dessa compreensão, interpreta-

¹⁸ Segundo, ainda, o então Ministro da Justiça, Tarso Genro, as ações coletivas têm papel fundamental no desafoamento (justamente este o vocábulo utilizado pelo ministro) dos fóruns judiciais. A declaração foi feita no prefácio do pioneiro e recente estudo financiado pela pasta que visou diagnosticar o atual quadro da tutela coletiva no Brasil: *Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais – Ações Coletivas* (Brasília, 2007). Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/reforma>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

se a norma, constitucional ou legal, utilizando-se as técnicas jurídicas adequadas, ou, em outras palavras, conjugando-se os métodos filológico, lógico, teleológico e sistemático. Interpretada a norma, o intérprete descreve-a, mediante a formulação de uma proposição em que se contêm as várias soluções de aplicação possíveis. Por último, sustenta-se, mediante argumentação, a solução que parece ser a mais razoável”.

O intérprete não pode ignorar o significado lingüístico do texto normativo. Deve, porém, aliar essa análise lingüística do texto à busca do “sentido” da norma nele contida, utilizando-se, sobretudo, das noções de sistema e finalidade.

Um princípio que tem ganhado extraordinária relevância na interpretação das normas legais é o da razoabilidade. A ênfase que se tem dado a essa noção deve ser atribuída, sobretudo, a dois juristas consagrados: o mexicano Luís Recasénsiches e o belga Chaïm Perelman.

Vale mencionar dois exemplos que demonstram a relevância do princípio da razoabilidade.

Recasénsiches descreve uma controvérsia surgida na Polônia no início do século XX. Um letreiro colocado à entrada de uma estação de trem proibia, com base em lei, o acesso às escadas externas de pessoas acompanhadas de um cachorro. Um camponês pretendeu chegar à escadaria acompanhado de um urso.

O chefe da estação barrou-o na entrada. Os adeptos da interpretação literal da lei certamente acusariam o funcionário de arbitrariedade. Mas seria razoável permitir a entrada do camponês, acompanhado de um urso, sob a argumentação de que “urso” não é “cachorro”?

Outro exemplo nos é dado por Perelman, em sentido oposto ao de Recasénsiches. Um letreiro, colocado na entrada de um parque público, proíbe a entrada de veículos. Um cidadão sofre um enfarte dentro do parque. Chama-se uma ambulância. Seria razoável que o porteiro impedisse a entrada da ambulância, arriscando a vida do enfartado?

Quando penso sobre o absurdo da interpretação literal, lembro-me de um caso referido por Jean Cruet, ao escrever, em 1908, “A vida do Direito e a Inutilidade das Leis”. Conta ele que se citava na Inglaterra uma anedota simbólica: a de um homem que tendo furtado dois carneiros foi absolvido, porque só era punível o furto de “um carneiro”.

Certamente por tudo isso é que Carlos Maximiliano já escrevia há 60 anos no clássico “Hermenêutica e Aplicação do Direito”: “Quem só atende à letra da lei, não merece o nome de jurisconsulto; é simples pragmático”.

Assim, a razoabilidade é que deve nortear a interpretação da lei para que se conclua sobre existir ou não uma *norma* legitimante à impetração do *writ* coletivo em certos enunciados, conjugados ou não.

Por outro lado, conforme ensina Miguel Reale (1999, p. 282), a interpretação mais restritiva tem lugar, de regra, na imposição de penas ou restrições à pessoa, o que não é o caso.

Dessarte, parece equivocada a posição de José Rogério Cruz e Tucci (1990, p. 49-50), Roberto Botelho (1997, p. 266), Luis Roberto Barroso (2003, p. 202) e outros quando não admitem que a legitimação à impetração do mandado de segurança coletivo possa ser verificada em outros dispositivos que não o inciso LXX do art. 5º da Constituição ou o art. 21, *caput*, da Lei n. 12.016/2009. Entende-se, enfim, que o rol do referido inciso compreende uma lista aberta de entes, sujeita a complementações, seja pela sua ampliação por lei infraconstitucional, seja por interpretação sistemática do texto da própria Carta Magna e, em última análise, do ordenamento jurídico como um todo.

3.3 O Ministério Público no polo ativo do *writ* coletivo

3.3.1 A posição da doutrina e da jurisprudência

Talvez seja um pouco de exagero falar em “posição da doutrina e da jurisprudência” em torno da possibilidade de impetração do mandado de segurança coletivo pelo Ministério Público. Isso porque a doutrina em torno do assunto é ainda incipiente e está há quase vinte anos de vigência da Constituição que introduziu o mandado de segurança coletivo no cenário jurídico em franca formação, especialmente neste momento em que foi recentemente promulgada a Lei n. 12.016/2009. Quanto à jurisprudência, as decisões sobre o tema são muito raras, tocam-no indiretamente e são, de regra, pouco profundas. Todavia, este é o caldo de fervura que se tem em torno da matéria, pelo que não poderia ser ignorado.

Em que pese a posição, recém-vista, de José Rogério Cruz e Tucci, Roberto Botelho e Luis Roberto Barroso acerca da impossibilidade de encontrarem-se outros órgãos legitimados ao manejo do MSC que não aqueles listados no art. 5º, inciso LXX, da CF (os mesmos do art. 21, *caput*, da Lei n. 12.016/2009), certo é que esses autores não chegam a tratar especificamente da questão atinente ao Ministério Público na qualidade de impetrante da ação. Na doutrina pátria, manifestando-se especificamente de maneira contrária a essa possibilidade, encontram-se quatro escritores. Para Maurício Jorge Mota¹⁹, Rogério Favreto e Luiz Manoel Gomes Junior²⁰ o rol em comento é exaustivo e, por essa mesma razão, o Ministério Público não deteria a legitimidade necessária ao ajuizamento da ação. Hélio do Valle Pereira, adentrando um

19 “Se o art. 5º, inciso LXX, estabelece taxativa e completamente o rol dos legitimados à impetração do *writ* coletivo, não pode uma norma inferior (lei ordinária) ampliar essa legitimação, ainda que seja para beneficiar entes coletivos, corpos intermediários da sociedade, como os Estados, os Municípios ou o Ministério Público. Ao Ministério Público caberá a defesa dos interesses metaindividuais em juízo mas através de instrumentos jurídicos próprios de que é titular como a ação direta de inconstitucionalidade e a ação civil pública; o mandado de segurança coletivo, no nosso entendimento, não poderá ser empregado por nenhum ente coletivo que não esteja expressamente previsto na norma constitucional, pois esta é exaustiva, ou seja, só podem ser substitutos processuais em um litígio judicial aqueles expressamente autorizados a fazê-lo por esta norma da Lei Maior” (MOTA, Maurício Jorge, Tutela dos interesses coletivos e difusos no mandado de segurança coletivo, apud MILLER, 2001, p. 442-443).

20 “Não concordamos com a possibilidade de impetração de mandado de segurança coletivo pelo Ministério Público, isso na medida em que a legitimidade prevista na Constituição Federal é restritiva, sem possibilidade de ampliação pelo intérprete” (FAVRETO; GOMES JUNIOR, 2010, p. 84).

pouco mais a questão, segue a mesma linha e sustenta, ademais, a inaplicabilidade do art. 83 do CDC²¹ para os fins propostos²².

Os demais se inclinam pela possibilidade de utilização da ação mandamental coletiva pelo MP. Marta Casadei Momezzo (2000, p. 81) e Carlos Alberto Pimentel Uggere (1999, p. 71-72), seguindo a linha de pensamento proposta por Nelson Nery Junior (1990, p. 155)²³, argumentam que, em sendo o Órgão legitimado à propositura da ação civil pública (art. 129, III, CF), também seria ao mandado de segurança coletivo, visto que esta seria uma espécie daquela ação.

Na mesma linha, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (2000, p. 105) defende que o MP detém titularidade própria sediada em outros dispositivos constitucionais (arts. 127 e 129, III, CF) que não o art. 5º, inciso LXX. Essa linha de entendimento é seguida por Eduardo Arruda Alvim (2006, seção 3.2 desta obra), para quem deflui da própria Constituição a legitimidade do *Parquet*. Por outro lado, assenta o autor que ela se extrai, também, da aplicação subsidiária do quanto disposto na parte processual do CDC ao mandado de segurança coletivo, especialmente no que tange ao rol de legitimados às ações coletivas previsto no art. 82 do *Codex*.

Já Lucia Valle Figueiredo (2004, p. 43) vê no ente ministerial certa identidade de funções em face dos partidos políticos, como órgãos defensores dos direitos da cidadania, das liberdades e das garantias individuais, legitimando-se, assim, ele também ao *mandamus* coletivo.

José Antonio Remédio (2002, p. 523-524), a seu turno, refere: a) a legitimidade do MP para a impetração do *writ* na defesa e promoção do Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 201, IX, e 212, § 2º); b) a admissão da utilização de todas as espécies de ações para a proteção dos direitos constantes do Código de Defesa do Consumidor (art. 83), aplicável extensivamente à Lei da Ação Civil Pública por força do disposto em seu art. 21; c) o despropósito de se permitir a legitimidade ativa do MP para a propositura da ação civil pública, mas não para o mandado de segurança coletivo. Cristiano Simão Miller (2001, p. 446-447) encampa os dois primeiros argumentos e enfatiza que o *writ* coletivo se trata de uma ação “com evidente interesse social”. Em tendo o Órgão Ministerial a função institucional de defesa de dito interesse, jamais poderia ser afastada sua legitimidade.

Seguindo ao lado daqueles que defendem a legitimação do MP, veja-se o interessante argumento de Sérgio Ferraz (2002, p. 764):

21 “Art. 83. 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”.

22 “O art. 83 do CDC não usa a expressão *ação* (*‘todas as espécies de ações’*) como sinônimo de procedimento, mas de pedido. Deseja-se vincar que o autor, em se cuidando da defesa coletiva prometida pelo diploma em questão, pode realizar postulação de variada natureza – declaratória, constitutiva, condenatória, executiva e mandamental” (PEREIRA, 2010, p. 188).

23 Nelson Nery Junior (1991, p. 27), diga-se, também adere à tese da legitimidade do MP com base no disposto nos arts. 127, *caput*, e 129, inciso III, da CF.

Se bem é verdade que disponha o Ministério Público da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, CF), a tutela de tais bens e interesses é tão prezada pelo ordenamento constitucional que, se se revelar mais expedito para tanto, em caso concreto, o mandado de segurança, inevitável será a possibilidade de sua utilização pelo *Parquet*.

Por fim, é de mencionar que José da Silva Pacheco (2002, p. 236) também acolhe a tese da legitimidade do MP.

Mais recentemente, após o início da vigência da Lei n. 12.016/2009, Luiz Fux²⁴, Pedro Roberto Decomain²⁵, Gregório Assagra de Almeida e Antonio Herman Benjamin²⁶, Cássio Scarpinella Bueno²⁷, Marta Maria Gomes Silva e Lucas de Souza Leffeld, estes dois últimos em profundo estudo²⁸, seguem a mesma orientação.

A jurisprudência, como salientado, é ainda parca sobre o assunto. Entretanto, alguns arestos existem. Antes, no entanto, é necessário mencionar que o acórdão prolatado no julgamento do Mandado de Segurança n. 21.059²⁹, realizado em setembro de 1990, no pleno do STF, de relatoria do ex-Ministro Sepúlveda Pertence, em momento algum menciona uma suposta ilegitimidade *ad causam* do MP como inferem alguns. Da leitura atenta do voto condutor compreender-se-á que o relator tão somente expressou a impressão de que o inciso LXX do art. 5º da Carta Federal expressa um rol taxativo, contudo, como já referido alhures, sem que isso importe em não se admitir outros legitimados à impetração coletiva. O próprio ex-ministro dá a entender que assim pensa quando argumenta que, vedada, sim, a analogia, nem mesmo se poderia, no caso, extrair sistematicamente do ordenamento a legitimidade *ad causam* de Estado-membro, pois este não seria órgão de gestão ou representação dos interesses da população. Admite, assim, a possibilidade de extrair-se sistematicamente do ordenamento a legitimidade de outros entes, desde que representem os interesses para cuja defesa demandam um provimento jurisdicional. Ora, o MP é inquestionavelmente o ente representante dos interesses da população.

Feita essa anotação, o momento é de se analisar a jurisprudência existente sobre o tema. Negando legitimidade ao MP, existem dois acórdãos exarados à una-

24 “Deveras a diversidade de *causa petendi* da ação civil pública e do mandado de segurança coletivo denotam que a ilegitimidade do Ministério Público não pode ser atribuída pela sua habilitação à propositura da primeira via processual. É que o *writ* coletivo reclama direito líquido e certo contra abuso de autoridade, ao passo que a ação civil pública tem outro espectro” (FUX, 2010, p. 143-144).

25 “O inciso LXX do art. 5º não o refere como legitimado ao ajuizamento do mandado de segurança coletivo. Sem embargo disso, em se vislumbrando presença de situação em que direito difuso, coletivo, ou mesmo individual homogêneo, marcado pelo signo da liquidez e certeza, esteja sendo violado, obstáculo não se vê a que a modalidade de ação civil pública empregada seja o mandado de segurança. Trata-se de modalidade de ação cível e, além disso, o anunciado requisito da liquidez e certeza do direito opera no terreno probatório, já que direito com essa conotação é aquele que nasce de fatos cuja demonstração pode ser feita de imediato, pela simples apresentação de documentos” (DECOMAIN, 2009, p. 113).

26 “O Ministério Público, v.g., poderá impetrar mandado de segurança, caso presentes os pressupostos do art. 5º, inciso LXX, da CF/1988, para a tutela de direitos individuais indisponíveis ou de direitos ou interesses sociais (coletivos, difusos, ou individuais homogêneos). A sua legitimidade ativa, para tanto, além de estar prevista expressamente no arts. 5º da Lei n. 7.347/1985 e 82 do CDC, também se fundamenta no *caput* do art. 127 e no art. 129, inciso III, da CF/1988. Além disso, há previsão expressa, conferindo legitimidade ativa ao Ministério Público para a impetração de mandado de segurança, no art. 6º, inciso VI, da LC n. 75, de 20.5.1993, disposição essa aplicável aos Ministérios Públicos dos Estados por força de previsão expressa contida no art. 80 da Lei n. 8.625, de 12.2.1993” (ALMEIDA; BENJAMIN, 2010, p. 40).

27 “O silêncio do art. 21, *caput*, da Lei n. 12.016/2009 não afasta a legitimidade ativa do Ministério Público para a impetração do mandado de segurança coletivo. Ela, embora não seja prevista expressamente pelo inciso LXX do art. 5º da CF/1988, decorre imediatamente das finalidades institucionais daquele Órgão tais quais definidas pelos arts. 127 e 129, inciso III, da mesma Carta e, infraconstitucionalmente, pelo art. 6º, inciso VI, da LC n. 75/1993, para o Ministério Público da União, e no art. 32, inciso I, da Lei n. 8.625/1993, para o Ministério Público dos Estados” (BUENO, 2009, p. 127).

28 Seis, a nosso ver, são seus argumentos: a) necessidade de se interpretar a Constituição como sistema coeso de normas coerentes; b) a inerência da atividade interpretativa à construção da norma jurídica; c) a necessidade de se proceder em uma interpretação atual e conforme a realidade atual da Constituição; d) o fato de os dispositivos atinentes ao MSC e ao MP terem sido redigidos por constituintes diferentes e sem concatenação; e) a necessidade de interpretação conjunta das normas relativas à tutela de direitos coletivos; f) a possibilidade de realizar-se interpretação extensiva a fim de propiciar maior eficácia a direitos fundamentais (LEHFFELD; SILVA, 2010, p. 161-169).

29 Vide nota de rodapé 12.

nimidade, um pela 1ª e outro pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ambos estão assim ementados:

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE ATIVA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. O Ministério Público não tem legitimidade para propor Mandado de Segurança Coletivo visando defender direito individual disponível. A ilegitimidade [sic] ativa de parte é uma das condições da ação cuja inexistência inexoravelmente leva a extinção do processo³⁰.

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.

Há ilegitimidade do Ministério Público para propor mandado de segurança coletivo que se limita a defender direito individual disponível, impondo-se, nesse caso, a extinção do processo, com base no art. 267, inciso VI, do CPC.

Recurso desprovido³¹.

Colhe-se do voto condutor de ambos os acórdãos:

Afora as instituições especificadas no art. 5º, inciso LXX, letras *a* e *b*, da Constituição da República, a nenhuma outra será dado utilizar a via de mandado de segurança coletivo para defesa judicial de interesses comuns. O remédio constitucional que amplia o mandado de segurança aos direitos coletivos não concede a legitimidade *ad causam* ao Ministério Público, haja vista que ninguém pode ingressar em juízo para a defesa de direito alheio, sem lei que autorize.

Todavia, ambos ressaltam que o erro de impetração seria atribuível ao fato de os direitos objeto de litígio serem individuais disponíveis. O segundo julgado citado é mais explícito quanto a isso:

Para se ter a legitimidade do Ministério Público, exige-se muito mais que os direitos pretendidos não sejam exclusivamente patrimoniais e indisponíveis, mas coletivos, de interesse da coletividade, revelando a existência de um interesse público a ser zelado. Daí poderia o Ministério Público impetrar o *mandamus* em tela, conforme disposto na redação atual do art. 1º, inciso IV, da Lei n. 7.347/1985.

Do exame dos acórdãos, o que se percebe é que o objeto de tutela jurisdicional, em verdade, são pretensos direitos transindividuais e não individuais; o que leva a colacioná-los como decisões desfavoráveis à impetração do MSC pelo *Parquet* para a defesa de direitos coletivos *lato sensu*. O primeiro *mandamus* teve por escopo declarar a nulidade de um decreto do Poder Executivo local que revogava outro que, por sua vez, prorrogava o prazo de concurso público, podendo falar-se em um hipotético direito coletivo dos aprovados. O outro impôs obrigação ao diretor do DETRAN-MG no sentido de não deixar

30 TJMG, AC n. 1.0248.05.001319-7/002(1), Ministério Público e Município Cascalho Rico, Rel. Des. Belizário de Lacerda, j. em 5.12.2006. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/>. Acesso em: 15 dez. 2007.

31 TJMG, AC n. 1.0000.00.311416-2/000(1), Ministério Público e Estado de Minas Gerais, Rel. Des. Eduardo Andrade, j. em 3.6.2003. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/>. Acesso em: 15 dez. 2007.

ele de expedir certificado veicular de automóveis com multas sem trânsito em julgado administrativo ou objeto de ação judicial. Pode-se falar, ao que parece, em um direito difuso neste caso.

A favor da legitimidade do *Parquet* colhem-se algumas decisões pelo país. A primeira delas é a conhecida decisão da Primeira Turma do STJ, cujo teor já foi repetido muitas vezes em julgados da relatoria do Ministro Luiz Fux³². Ela não trata especificamente de um caso de impetração de mandado de segurança coletivo pelo MP, mas aborda o ponto, como se vê em sua ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 545 DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. USO IRREGULAR DO SOLO URBANO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL SITUADO EM ÁREA RESIDENCIAL. LEGITIMIDADE E INTERESSE DE AGIR DO *PARQUET*. ARTS. 127 E 129, INCISO III, DA CF/88, E 1º DA LEI N. 7.347/1985. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. CONTROLE *INCIDENTER TANTUM*. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 471, INCISO I, DO CPC. LEI COMPLEMENTAR SUPERVENIENTE. AUSÊNCIA DE COMANDO NORMATIVO INSUFICIENTE PARA INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO ESTADUAL. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N. 284 DO STF. CONTRARIEDADE AO ART. 535, INCISO II, CPC. INOCORRÊNCIA.

1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.
2. A Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37 da CF/1988 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da Administração Pública, nele encartando-se a ação cautelar inominada, ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.
3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico “concurso de ações” entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. [...] (STJ, AgRg no Ag. n. 1.249.132/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 24.8.2010, *DJe* de 9 set. 2010).

Seguindo este vetor, foram proferidas, ainda, duas decisões no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região³³.

Por fim, traz-se à colação o julgamento de agravo interno, este sim específico, interposto no Tribunal de Justiça do Paraná, cuja ementa transcreve-se:

AGRAVO CONTRA A DECISÃO DO RELATOR QUE ACATOU A ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E, POR CONSEQUÊNCIA, EXTINGUIU O MANDADO DE SEGURANÇA POR CARÊNCIA DE AÇÃO – AGRAVANTE QUE DEFEN-

32 REsp n. 700.206, *DJe* de 19 mar. 2010; REsp n. 904.548, *DJe* de 17 dez. 2008; REsp n. 806.304, *DJe* de 17 dez. 2008; REsp n. 869.843, *DJe* de 15 out. 2007; REsp n. 817.710, *DJe* de 31 maio 2007; REsp n. 776.549, *DJe* de 31 maio 2007; REsp n. 851.174, *DJe* de 20 nov. 2006; REsp n. 695.665, *DJe* de 20 nov. 2006; AgRg no REsp n. 752.190, *DJe* de 13 nov. 2006; REsp n. 749.988, *DJe* de 18 set. 2006; REsp n. 736.524, *DJe* de 3 abr. 2006; REsp n. 710.594, *DJe* de 20 fev. 2006; REsp n. 718.203, *DJe* de 13 fev. 2006; REsp n. 700.853, *DJe* de 21 set. 2006; REsp n. 716.512, *DJe* de 14 nov. 2005; EDcl no REsp n. 586.307, *DJe* de 28 mar. 2005; REsp n. 637.332, *DJe* de 13 dez. 2004; REsp n. 586.307, *DJe* de 30 set. 2004; REsp n. 427.140, *DJe* de 25 ago. 2003; REsp n. 406.545, *DJe* de 9 dez. 2002; REsp n. 401.964, *DJe* de 11 nov. 2002.

33 “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. DANO AO ERÁRIO PÚBLICO. O Ministério Público é parte legítima para promover ação civil pública visando ao ressarcimento de dano ao erário público. O Ministério Público, por força do art. 129, inciso III, da CF/88, é legitimado a promover qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social, não se limitando à ação de reparação de danos. Destarte, nas hipóteses em que não atua na condição de autor, deve intervir como *custos legis* (LACP, art. 5º, § 1º; CDC, art. 92; ECA, art. 202; e LAP, art. 9º). A Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37 da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da Administração Pública, nele encartando-se a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. Em consequência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade). Apelação conhecida e provida” (TRF4, AC n. 2004.71.01.002155-1, Terceira Turma, Rel. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, *DJ* de 8 mar. 2006). Segue a mesma linha: TRF4, AG n. 2006.04.00.034259-4, Terceira Turma, Rel. Vânia Hack de Almeida, *DJ* de 26 out. 2006.

DE A LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A DEFESA DE DIREITOS DIFUSOS, EIS QUE O MANDADO DE SEGURANÇA VISA ANULAR EDITAL LICITATÓRIO QUE OFENDE O CARÁTER COMPETITIVO. MÉRITO.

1. Do interesse coletivo.

Interesse discutido que tem natureza coletiva – Ato administrativo hostilizado que pode implicar lesão a direito indivisível de determinado grupo de pessoas. Ministério Público que tem legitimidade para a defesa de interesses coletivos. Art. 129, inciso III, da Constituição Federal. Precedentes do STJ.

Se o ato guerreado pode implicar a ofensa do direito indivisível de determinado grupo de pessoas por ferir o caráter competitivo da licitação, então o interesse discutido tem natureza de coletivo, só passando para a seara do interesse difuso se a possível lesão aos cofres públicos, por impedir a apresentação de proposta mais vantajosa, efetivamente vier a ocorrer.

2. Da alegação de defesa de direito individual.

Agente ministerial que faz menção, na peça inicial do mandado de segurança, do nome de determinada pessoa que prestou a informação – Circunstância que não implica a defesa de direito individual e não ilide a natureza coletiva do direito discutido – Mero informante do Ministério Público que nem sequer constava na lista dos licitantes.

Não configura defesa de direito individual o fato de o agente ministerial mencionar, na inicial, o nome da pessoa de quem obteve a informação que balizou a impetração.

Agravo provido, vencido o relator original que nega provimento³⁴.

Trata-se, note-se, da única decisão encontrada que, considerando coletivo o direito tutelado, abordou verdadeiramente a questão da possibilidade de o Ministério Público servir-se da ação mandamental coletiva para exercer suas funções. Conclui o desembargador no voto condutor:

Ora, se a própria Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Paraná (Lei Complementar n. 85/1999) autoriza ao promotor de Justiça a proceder o ajuizamento do Mandado de Segurança, do inquérito civil e da Ação Civil Pública, bem como qualquer outra medida judicial, para garantir o respeito, por parte dos poderes públicos estaduais e municipais, aos direitos assegurados na Constituição Federal (art. 67, § 1º, I, e art. 68, I), então não se pode negar que a via eleita é adequada.

[...]

3. Por todo o exposto, voto pelo provimento do presente agravo para o fim de reconhecer a legitimação extraordinária do Ministério Público no caso em apreço, devendo o relator original dar seqüência ao Agravo de Instrumento n. 373.612-9.

Assim, apesar das decisões trazidas a lume, o que se pode perceber é que há verdadeira lacuna de decisões judiciais no país que julguem diretamente o tema, vazio que, certamente, é efeito, entre outras

34 TJPR, Agravo Interno n. 373.612-9/01, Ministério Público e Município de Cambará, Rel. Des. Marcos de Luca Fanchin, j. em 28.11.2006. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br/proto/consultajurisprudencia.asp>>. Acesso em: 16 ago. 2007.

causas, do temor dos agentes do Ministério Público em suscitar discussões de cunho processual que venham a desviar o foco do processo do próprio objeto da ação coletiva. A pequena contribuição que se pode dar para tentar reverter esse quadro é expor, então, a nossa posição.

3.3.2 Tomada de posição pessoal

Uma leitura rápida da Constituição – e ainda mais da Lei n. 12.016/2009 – certamente estará fadada à conclusão de que o ordenamento não prevê a possibilidade de impetração do mandado de segurança coletivo por órgão do Ministério Público, afinal ele não está listado no art. 5º, inciso LXX, da CF nem no art. 21, *caput*, da nova Lei do Mandado de Segurança, ao lado de partidos políticos, associações, organizações sindicais e entidades de classe. Não é, todavia, o que se pretende fazer nesse momento, uma leitura rápida de dispositivos. Se é verdade que o ordenamento jurídico é um sistema, um organismo cujos órgãos trabalham de forma encadeada, segundo vetores comuns e harmônicos, todos voltados à consecução de uma mesma causa final, nenhuma regra ou princípio pode ser interpretado isoladamente. Interpretar isoladamente um artigo de lei é correr sério risco de comprometer o princípio inteligente que anima o Direito e o torna útil à sociedade.

Eis a grande importância da interpretação sistemática ao Direito (FREITAS, 2002, *passim*), pois ela dá vida ao ordenamento, dá coerência, organicidade e razoabilidade, permitindo, se bem exercitada, a conformação, ao fim e ao cabo, de normas globalmente mais justas. Como diria Juarez Freitas (2002, p. 74), “interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito”.

Assim, questiona-se: deflui do sistema jurídico brasileiro a legitimidade *ad causam* do Ministério Público à impetração do MSC? Materialmente, como sustentado na seção 3.1 desta obra, a utilização do *mandamus* pelo *Parquet* ajustar-se-ia à sua missão constitucional. E formalmente?

Como visto, a Constituição atribuiu ao Órgão Ministerial a defesa dos interesses sociais e, nesse diapasão, fez menção especial ao resguardo de direitos em face da ação danosa da própria Administração Pública. A questão foi de tal forma colocada pelo constituinte que ao Ministério Público se conferiu o papel de *promover as medidas necessárias* ao desempenho desta função específica (art. 129, II, CF). Uma vez que a impetração de mandado de segurança coletivo fosse a via adequada (*rectius*: necessária) e última à consecução desse objetivo, poderia (*rectius*: deveria) então o MP manejá-lo? Parece que sim,

principalmente quando a proteção a direitos transindividuais demandarem um provimento célere e efetivo para o trato de uma situação de especial interesse público, bem ao gosto do *writ*. Relembre-se que a própria celeridade e efetividade dos provimentos jurisdicionais são, por si só, direitos fundamentais (art. 5º, XXXV e LXXVIII).

Haveria algum óbice à utilização dessa “medida”? Como salientado em outro momento, a proteção da segurança jurídica advinda da leitura fechada do art. 5º, inciso LXX, é apenas aparente, uma vez que não há lesão – senão à mera literalidade de um enunciado lido isoladamente – a qualquer norma jurídica ao admitir-se a abertura, fundada em argumentos jurídicos, do rol disposto no art. 5º, inciso LXX, da CF e no art. 21, *caput*, da Lei n. 12.016/2009. Primeiramente, deve ser referido que os legisladores constituintes não realizaram uma perfeita integração entre os dispositivos constantes do catálogo de direitos fundamentais e a seção que estrutura o Ministério Público brasileiro (NERY JUNIOR, 1990, p. 154), o que contribui para explicar não ter este aparecido na lista de legitimados. Por outro lado, segundo a ordem constitucional, é da natureza do *Parquet* a defesa dos direitos transindividuais, em juízo ou fora dele, tendo sido conferido ao Órgão a prerrogativa do ajuizamento da ação civil pública para esse fim (art. 129, III, CF).

Ora, bem compreendida a natureza do mandando de segurança coletivo, que é senão uma ação civil pública *lato sensu* de rito sumário. Fere a razoabilidade³⁵ admitir o manejo da ação civil pública *stricto sensu* por dado ente e não admitir também a impetração do *writ* coletivo, quanto mais ao legítimo curador dos interesses sociais em face de ações lesivas da Administração Pública, como é o caso do Ministério Público. Por essa mesma razão, fere também o princípio da razoabilidade outorgar a partidos políticos, associações, entidades de classe e organizações sindicais essa prerrogativa e não a dito curador. Detendo o *Parquet* prova pré-constituída acerca de lesão, levada a efeito, potencial ou efetivamente, por agente público ou preposto da Administração a direito transindividual informado por interesse social, nada mais justo e razoável que possa servir-se, no cumprimento de suas funções constitucionais, de uma ação coletiva de cognição formal, sumária, mais objetiva, célere, econômica e eficaz para dadas hipóteses que a ação civil pública *stricto sensu*.

Assim, conjugando as disposições constitucionais que conferem deveres-poderes especiais ao MP (arts. 127, *caput*, e 129, II e III) com a possibilidade de utilização do *writ* para a proteção de direitos transindividuais (art. 5º, LXIX e LXX), com os princípios da efetividade e celeridade processual (art. 5º, XXXV e LXXVIII), com o princípio da razoabilidade (art. 5º, LIV), e somando a isso a eficácia potenciada

35 E a razoabilidade aqui não é mero recurso retórico, é princípio constitucional implícito assim reconhecido pelo STF: “CONSTITUCIONAL. DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO QUE FIXA DATA PARA O PAGAMENTO DOS SERVIDORES DO ESTADO – ATÉ O DÉCIMO DIA ÚTIL DE CADA MÊS. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, EM FACE DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE CONTIDO NO ART. 5º, INCISO LIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO” (STF, ADI n. 247, Rel. Min. Ilmar Galvão, Rel. para acórdão Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, j. em 17.6.2002, DJ de 26 mar. 2004, p. 00005, Ement. Vol. 02145-01, p. 00029). “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 1.949, DE 22.1.1999, DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. PENSÃO MENSAL PARA CRIANÇAS GERADAS A PARTIR DE ESTUPRO. CONTRARIEDADE AO ART. 5º, INCISO LIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Ato normativo que, ao erigir em pressuposto de benefício assistencial não o estado de necessidade dos beneficiários, mas sim as circunstâncias em que foram eles gerados, contraria o princípio da razoabilidade, consagrado no mencionado dispositivo constitucional. Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade da lei sob enfoque” (STF, ADI n. 2.019, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, j. em 2.8.2001, DJ de 21 jun. 2002, p. 00095, Ement. Vol. 02074-01, p. 00142).

dos remédios constitucionais (art. 5º, § 1º), sustenta-se que o ordenamento constitucional pátrio confere legitimidade ao Órgão Ministerial para impetrar mandado de segurança coletivo.

Contudo, os argumentos favoráveis a essa tese não se encontram apenas na Carta Federal. Com autorização dela, o ordenamento infraconstitucional também confere legitimidade ao MP. Pois bem, conforme salienta Nelson Nery Junior (1991, p. 27), o art. 129, inciso IX, da CF³⁶ confia ao legislador ordinário autorização para ampliar as funções do *Parquet*. Nessa linha, pouco se diz que a Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, que “dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União”, atribui ao Órgão a competência de impetrar mandado de segurança (art. 6º, VI) e, à falta do designativo “coletivo” nesta disposição, de

promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto: a) ao Estado de Direito e às instituições democráticas; b) à ordem econômica e financeira; c) à ordem social; d) ao patrimônio cultural brasileiro; e) à manifestação de pensamento, de criação, de expressão ou de informação; f) à probidade administrativa e; g) ao meio ambiente (art. 6º, XIV).

E não se diga que o mandado de segurança coletivo não é uma ação³⁷.

Deve ser lembrado, nesse passo, que a Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, encampa, subsidiariamente, as disposições da LC n. 75/1993, de forma que os dispositivos comentados acima também têm aplicação aos Ministérios Públicos estaduais.

Dessarte, analisando o ordenamento sistematicamente, o que se percebe é que, no campo do manejo de instrumentos jurídicos judiciais para a defesa de direitos transindividuais, a legitimidade de agir do Ministério Público é amplíssima, o que não poderia ser diferente ante a função de Estado por ele desempenhada. A norma, enfim, que se constrói a partir de uma visão coerente e harmoniosa da lei, confere legitimidade ao MP para impetrar mandado de segurança coletivo. Apesar disso, deve ser anotado que tal legitimação não é irrestrita. O requisito da pertinência temática (interesse processual) também é extensível ao MP, que só pode ajuizar demandas coletivas, aí incluído o *writ* coletivo, uma vez existente interesse social a permear o ajuizamento da ação. A legitimidade outorgada pelo ordenamento não vai além desse aspecto.

Note-se que não se trata de inquirir de inconstitucional o art. 21, *caput*, da Lei n. 12.016/2009, já que, por si só, nada estabelece acerca de uma suposta exaustividade de seu rol de legitimados ativos. Há, isto sim, de conferir-lhe interpretação conforme a Constituição, reconhecendo-se sua abertura.

36 “São funções institucionais do Ministério Público: [...] IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade [...]”.

37 Vide subseção 1.1.1.

Apesar dessa anotação, deve ser repisado que o objeto da ação de segurança coletiva para cada substituto processual se deduz da medida da legitimidade extraordinária conferida pelo ordenamento (seção 2.7). No caso do Ministério Público, à vista das normas jurídicas há pouco estudadas, forçoso é reconhecer que o interesse social, cuja defesa é sua responsabilidade, pode tanto se consubstanciar em direito coletivo *stricto sensu* como em direito difuso, especialmente em face do disposto no art. 129, inciso III, da Constituição.

3.4 Epílogo: o Projeto de Emenda Constitucional n. 74/2007 e o Anteprojeto de Código de Processo Coletivo

A título de curiosidade, é válido trazer à baila dois projetos (a rigor, um projeto e um anteprojeto), um de lei e outro de emenda constitucional, que podem trazer novo argumento jurídico à discussão ora proposta. Começamos pelo Projeto de Emenda Constitucional, apresentado no Senado Federal em 16 de agosto de 2007³⁸.

O PEC n. 74/2007 encontra-se na Subseção de Coordenação Legislativa do Senado Federal e é de autoria do Senador Demóstenes Torres. Visa, justamente, incluir expressamente o Ministério Público no rol de legitimados ativos ao mandado de segurança coletivo do art. 5º, inciso LXX, da CF. Tal alteração teria o condão de deitar por terra a discussão ora proposta em torno da legitimidade do MP para a ação coletiva de segurança. A matéria aguarda andamento desde abril de 2010.

Já o Anteprojeto de Código de Processo Coletivo (Código Brasileiro de Processos Coletivos), por sua vez, ainda não foi apresentado ao Poder Legislativo, estando atualmente em análise no Ministério da Justiça³⁹. Trata-se de proposta capitaneada por Ada Pellegrini Grinover.

Consta de seu texto, expressamente, a legitimação do Ministério Público à impetração do mandado de segurança coletivo (art. 40, I)⁴⁰, o que também poria uma pedra, ao que parece, sobre a questão ventilada no terceiro capítulo desta obra. Oportuna a transcrição de sua exposição de motivos no que tange ao instrumento processual em comento:

O Capítulo IV trata do mandado de segurança coletivo, até hoje sem disciplina legal. Deixa-se claro que pode ele ser impetrado, observados os dispositivos constitucionais, para a defesa de direito líquido e certo

38 Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/default.asp>>. Acesso em: 16 dez. 2010.

39 *Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais – Ações Coletivas* (Brasília, 2007). Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/reforma>>. Acesso em: 20 jan. 2008. Citado no prefácio pelo ex-Ministro Tarso Genro. Uma minuta do CPCol (3ª versão), de outubro de 2005, pode ser consultada em: <http://www.direito.ufmg.br/neda/arquivos/anteprojeto_cpcc.doc>. Acesso em: 27 jan. 2008.

40 “Art. 40. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: I - Ministério Público; II - Defensoria Pública; III - partido político com representação no Congresso Nacional; IV - 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, dispensada a autorização assemblear”.

ligado a interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, espancando-se assim dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais. Amplia-se a legitimação para abranger o MP, dentro do permissivo constitucional do art. 129, inciso IX, CF, e a Defensoria Pública. De resto, aplicam-se ao mandado de segurança coletivo as disposições da Lei n. 1.533/1951, no que não forem incompatíveis com a defesa coletiva, assim como o Capítulo I do Código, inclusive no que respeita às custas e honorários advocatícios.

À toda evidência, a forma de abordagem do mandado de segurança coletivo pelo Código de Processo Coletivo vai muito mais de acordo com a evolução das normas atinentes à tutela coletiva de direitos no Brasil do que a Lei n. 12.016/2009. Aquele trata, efetivamente, o *writ* coletivo como ação coletiva sumária, desmistificando eventual conceito que se possa fazer a seu respeito. De qualquer sorte, caberá ao legislador promover a compatibilização entre os diplomas em comento em caso de promulgação do Código Processual Coletivo, de molde a evitar-se antinomia que termine por ser resolvida meramente pelo princípio da revogação da lei mais antiga pela mais nova.

CONCLUSÃO

A presente obra teve por objetivo, de um lado, desvendar as nuances e desmistificar a ação constitucional de mandado de segurança coletivo e, de outro, descobrir se o agente do Ministério Público está apto a utilizá-la no cumprimento de suas funções de Estado.

Do exame das características fundamentais da ação em comento, deu-se a conhecer toda a potencialidade de um processo que possui rito sumário e está voltado à consecução de um fim especial. Notou-se que bebe na mesma fonte da ação mandamental de feição individual, sendo regido, portanto, pelos mesmos princípios fundamentais e, inclusive, pela mesma legislação básica. No âmbito do respectivo processo, de tramitação voltada à celeridade e economia de atos processuais, a peça vestibular deve ser instruída com prova pré-constituída, e o provimento jurisdicional almejado, se deferido, tem de ser cumprido imediatamente pela parte ré e pelo agente administrativo responsável respectivo.

Foi possível perceber, também, que as diferenças existentes entre as ações de segurança individual e coletiva nascem da peculiaridade do objeto de cada uma, sendo aquela voltada à proteção de direitos líquidos e certos individuais e esta, à proteção de direitos líquidos e certos transindividuais. Estudaram-se, assim, o que são e quais são estes direitos, concluindo-se que podem ser ou difusos (de titularidade dispersa), ou coletivos (de titularidade aglutinada). Observou-se, ainda, que a formação (dos limites subjetivos) da coisa julgada obedece a critérios distintos conforme a espécie de direito tutelado. Além disso, pôde-se visualizar que o objeto do mandado de segurança coletivo será sempre determinado pela parcela de legitimação extraordinária conferida pelo ordenamento ao substituto processual.

Visto o mandado de segurança coletivo, voltou-se a atenção ao Ministério Público, inicialmente examinando-se sua missão constitucional. Nesse diapasão, pôde-se lembrar sua atribuição de curador dos interesses sociais e como isso se relaciona com o resguardo da democracia e da ordem jurídica. Mais do que isso, percebeu-se que sua missão está especialmente ligada à proteção da sociedade em face do

mau uso de prerrogativas públicas e como o *mandamus*, nessa vertente, se amoldaria às suas funções institucionais.

Examinando-se sistematicamente o ordenamento jurídico, então, chegou-se à percepção de que a legitimidade do MP para a impetração do *writ* coletivo exsurge não de uma leitura isolada do inciso LXX do art. 5º da Constituição Federal e do art. 21, *caput*, da Lei n. 12.016/2009, mas de uma interpretação concatenada e inteligente de princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais. Ainda assim, essa posição poderá ser reafirmada pelo Projeto de Emenda Constitucional n. 74/2007 ou pelo vindouro Código de Processo Coletivo, idealizado por Ada Pellegrini Grinover e em análise no Ministério da Justiça .

De tudo quanto fora até aqui apontado, o que se pôde inferir mais especialmente é que a ação de segurança coletiva não pode ser desprezada como instrumento de tutela judicial. Assim como o *mandamus* individual tem plena aceitação nos foros judiciais brasileiros, assim também deveria ocorrer com seu coirmão transindividual. A mistificação e a desconfiança existentes em torno do uso dessa ação, fruto da pouca atenção que lhe foi dispensada pelo legislador ordinário, não tem, em verdade, razão de ser. Trata-se, tão somente, de uma ação especial que demanda o atendimento de algumas peculiaridades pelo impetrante. Contudo, sua potencialidade na qualidade de mecanismo de contenção de abusos e desmandos pelo Poder Público é perceptível em seu rito abreviado, focado e, principalmente, eficaz.

Não se pode, nessa via de entendimento, deixar de levar em conta a virtualidade do uso da ação mandamental coletiva pelo Órgão Ministerial quando uma de suas principais funções, como asseverado, é a defesa da sociedade em face do mau administrador. Não há por que forçar o *Parquet* a servir-se de uma ação ordinária (*rectius*: ação civil pública) quando, munido de prova pré-constituída de eventual lesão a direito difuso ou coletivo, cuja proteção seja entremeada por interesse social, pode, com vantagem, fazer uso de uma ação: a) de tramitação preferencial; b) cujo rito prima pela celeridade; c) destituída de instrução probatória; d) de exequibilidade inerente e imediata; e) cuja natureza mandamental confere eficácia diversificada à ordem expedida, com a possibilidade, inclusive, de imposição de sanções penais, administrativas e processuais ao agente público que vier a descumpri-la.

Se ao *Parquet* atribuíram-se, constitucionalmente, deveres da mais alta relevância, nada mais justo que possa se servir de ações específicas que façam frente à grandeza de sua missão. Uma vez que o mandado de segurança coletivo pode propiciar à sociedade algo que as demais ações judiciais não podem, em assim permitindo o ordenamento, não apenas lhe é lícito como é dever do agente ministerial empregar essa ferramenta.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de; BENJAMIN, Antonio Herman V. Legitimidade ativa e objeto material no mandado de segurança coletivo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 895, p. 9-58, maio 2010.

_____. Artigo 22. In: MAIA FILHO, Napoleão Nunes (Org.). *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda. Apontamentos sobre o mandado de segurança coletivo. *Arruda Alvim & Thereza Alvim Advocacia e Consultoria Jurídica*, São Paulo, SP, 10 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.arrudaalvim.com.br/pt/artigos/17.asp?id=artigos&lng=pt>>. Acesso em: 29 fev. 2008.

_____. *Mandado de segurança no direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Suspensão da eficácia da decisão liminar ou da sentença em mandado de segurança – Aspectos controvertidos do art. 4º da Lei 4.348/64. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. A respeito da interpretação literal das normas jurídicas. *CELC Consultoria – Licitações e Contratos*, São Paulo, SP, 15 maio 2001. Disponível em: <<http://www.celc.com.br/comentarios/38.html>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 193, p. 30-49, 1961.

ANDRADE, Christiano José de. *O problema dos métodos de interpretação jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

AURELLI, Arlette Inês. Recursos e a ação de mandado de segurança. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 10. ed. São Paulo: Forense, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 130, p. 131-153, dez. 2005.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 23, p. 36-44, 1981.

_____; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.

BASTOS, Lucília Isabel Candini. *Mandado de segurança coletivo*. Curitiba: Juruá, 2007.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. O processo civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 61, p. 36-56, jan./mar. 1991.

BERNS, Walter. *A Constituição norte-americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

BOCHENEK, Antonio César. A autoridade coatora e o ato coator no mandado de segurança individual. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOTELHO, Roberto. O mandado de segurança coletivo na CF de 1988. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 20, p. 258-284, jul./set. 1997.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *A nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULOS, Uadi Lamêgo. *Mandado de segurança coletivo: em defesa dos partidos políticos, associações, sindicatos, entidades de classe (doutrina, jurisprudência e legislação complementar)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. Mandado de segurança: pressupostos e cabimento da impetração preventiva. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAMPOS JÚNIOR, Ephraim de. *Substituição processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 13).

CARVALHO, Ivan Lira de. O mandado de segurança coletivo e os partidos políticos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 72, p. 75-95, out./dez. 1993.

CASTILHO, Ricardo dos Santos. *Direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. Campinas: LZN, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 438, p. 23-35, abr. 1972.

COGAN, José Damião Pinheiro Machado. *Mandado de segurança na justiça criminal e Ministério Público: legislação, modelos de mandados de segurança. Ministério Público nas Constituições de 25 países*. São Paulo: Saraiva, 1990.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 6, p. 7-58, jul./set. 2004.

CUNHA, Mauro; SILVA, Roberto Geraldo Coelho. *Guia para estudo da teoria geral do processo*. 3. ed. ampl. Porto Alegre: Acadêmica, 1990.

DALLARI, Adilson Abreu. Desvio de poder na anulação de ato administrativo. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de segurança coletivo: legitimação ativa*. São Paulo: Saraiva, 2000.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Mandado de segurança: o tradicional, o novo e o polêmico na Lei 12.016/09*. São Paulo: Dialética, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da *common law*. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 1, p. 9-30, abr./jun. 2003.

DIAS, Francisco Barros. Inconstitucionalidade do art. 18 da Lei 1.533/51. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 66, p. 180-183, abr./jun. 1992.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Natureza jurídica das informações da autoridade coatora no mandado de segurança. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DINAMARCO, Pedro da Silva. A sentença e seus desdobramentos no mandado de segurança individual e coletivo. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. Mandado de segurança coletivo – Legitimação e interesse. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 687, p. 34-39, jan. 1993.

FAVRETO, Rogério; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Mandado de segurança coletivo – Legitimidade e objeto – Análise dos seus principais aspectos – Lei 12.016/2009. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 898, p. 79-112, ago. 2010.

FERRARESI, Eurico. *Do mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FERRAZ, Sérgio. Mandado de segurança e acesso à justiça. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Mandado de segurança*. 5. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FUX, Luiz. *Mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Comentários à lei de mandado de segurança*. São Paulo: Método, 2009.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público como substituto processual. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS*, Porto Alegre, n. 106, p. 179-200, jun. 2007.

GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. Pontos controvertidos do mandado de segurança coletivo e do mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 641, p. 84-87, mar. 1989.

GRANTHAM, Silvia Resmini. Os limites subjetivos da coisa julgada nas demandas coletivas. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 91, p. 267-314, set. 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. *O novo mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 58, p. 75-83, abr./jun. 1991.

_____. Mandado de segurança: tutela preventiva, inibitória e específica. Da suspensão da segurança. In: MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros (Org.). *Doutrina do Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa 15 anos*. Brasília: STJ, 2005.

_____. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 31, p. 80-108, jul. 1984.

GUEDES, Demian. Legitimação individual para a ação civil pública. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 140, p. 279-299, out. 2006.

GUERRA, Marcelo Lima. Execução de sentença em mandado de segurança. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. Papel constitucional do Ministério Público. In: FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (Coord.). *Ministério Público: instituição e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

LEHFELD, Lucas de Souza; SILVA, Marta Maria Gomes. A legitimação ativa no mandado de segurança coletivo e a Lei 12.016/2009. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 70, p. 143-173, jan./mar. 2010.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOPES, João Batista. Sujeito passivo no mandado de segurança. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *A invasão do direito: a expansão jurídica sobre o Estado, o mercado e a moral*. São Paulo: FGV, 2005.

LOPES, Mauro Luís Rocha. *Mandado de segurança: doutrina, jurisprudência, legislação*. Niterói: Impetus, 2004.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes (Org.). *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. *Marinoni Advocacia*, Curitiba, 2007. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br/principal/pub/anexos/2007081011415331.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2007.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005a.

_____. *Introdução ao Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2005b.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Leonardo Castanho. A legitimidade passiva da autoridade coatora no mandado de segurança. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. A tutela mandamental como manifestação do princípio constitucional da efetividade do processo. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC)*, Porto Alegre, 1999. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Delosmar%20Mendon%C3%A7a%20Junior-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 5 mar. 2011.

MILLER, Cristiano Simão. A legitimação ativa no mandado de segurança coletivo. *Revista da Faculdade de Campos*, Campos dos Goytacazes, n. 2-3, p. 409-455, 2001.

MOMEZZO, Marta Casadei. *Mandado de segurança coletivo: aspectos polêmicos*. São Paulo: LTr, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAIS, Dalton Santos. A legitimidade passiva e a “defesa” do Poder Público na nova lei do mandado de segurança – Lei 12.016/2009. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 184, p. 195-226, jun. 2010.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A sentença mandamental. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 97, p. 251-264, jan./mar. 2000.

_____. Ações coletivas na Constituição de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 61, p. 187-200, jan./mar. 1991.

_____. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 404, p. 9-18, jun. 1969.

_____. Mandado de segurança: uma apresentação. In: _____. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1997. (Sexta Série).

_____. *Tutela sancionatória e tutela preventiva*. In: _____. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1988. (Segunda Série).

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Mandado de segurança em matéria penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Condições da ação. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 64, p. 33-38, out./dez. 1991.

_____. Mandado de segurança coletivo: instituto que não alterou a natureza do mandado de segurança já constante das constituições anteriores – Partidos políticos – Legitimidade *ad causam*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 57, p. 150-158, jan./mar. 1990.

_____. O processo civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 61, p. 24-35, jan./mar. 1991.

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.

PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

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

PEREIRA, Hélio do Valle. *O novo Mandado de Segurança*. Florianópolis: Conceito, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. t. 1.

PRADE, Péricles. *Conceito de interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REMÉDIO, José Antonio. *Mandado de segurança individual e coletivo*. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). *Constituição do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Assembléia Legislativa, 1989.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). Lei Complementar Estadual n. 10.098, de 3 de fevereiro de 1994. *Diário Oficial do Estado*, Poder Executivo, Porto Alegre, RS, 4 fev. 1994.

RITT, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Anotações acerca da ação civil pública como uma ação constitucional. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho. *20 anos da Lei n. 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTIAGO, Marcus Firmino. Uma abordagem diferenciada acerca da tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 146, p. 32-48, abr. 2007.

SANTOS, Alberto Marques dos. Breve introdução às regras científicas da hermenêutica. *Revista Eletrônica Novos Rumos*, Belém, PA, 2004. Disponível em: <<http://www.fagundesunha.org.br/amapar/artigo.html>>. Acesso em: 10 out. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SEABRA, Fagundes Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Atualização Gustavo Binbenbojm. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SODRÉ, Eduardo. Mandado de segurança. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. Anotações sobre o mandado de segurança coletivo. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 29, p. 163-171, jun. 1988.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Class actions e mandado de segurança coletivo: diversificações conceituais*. São Paulo: Saraiva, 1990.

UGGERE, Carlos Alberto Pimentel. *Mandado de segurança coletivo: como instrumento para defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 1999.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de; WAMBIER, Luiz Rodrigues. O mandado de segurança na disciplina da Lei 12.016, de 7.8.2009. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 177, p. 185-208, nov. 2009.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do mandado de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 18, p. 167-183, abr./jun. 1980.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Artigo 21. In: MAIA FILHO, Napoleão Nunes (Org.). *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

e-book produzido pela
Escola Superior do Ministério Público da União
2011 – Brasília

As fontes utilizadas no projeto gráfico são:
Palatino, projetada por Hermann Zapf, em 1986, e
Avenir, projetada por Adrian Frutiger, em 1988.
