

UNIVERSIDADE DE ITAÚNA
Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais

LEGITIMIDADE ATIVA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Ana Flávia Nogueira Silva

Itaúna, MG

2014

Ana Flávia Nogueira Silva

LEGITIMIDADE ATIVA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Proteção aos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Processo Coletivo.

Área de concentração: Proteção dos Direitos Fundamentais

Orientadora: Professora Doutora Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz

Itaúna, MG

2014



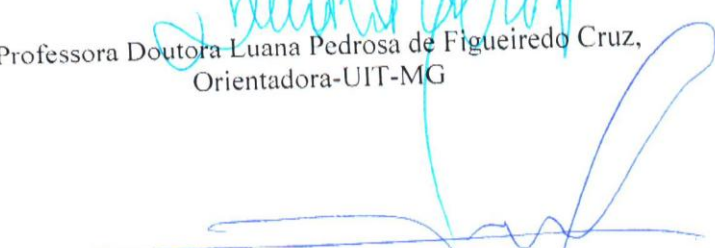
Universidade de Itaúna

Reconhecimento Homologado pelo CNE , através da Portaria nº 1324/2012 (DOU de 09/11/2012, Seção, Pag.10)
Rodovia MG 431-Trevo Itaúna/Pará de Minas-Campus Verde-CEP 35680-142-Caixa Postal 100-Itaúna-MG
Fone: 37-3249-3000 - site: www.uit.edu.br - e-mail: uit@uit.br

“LEGITIMIDADE ATIVA DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO”

Dissertação de Mestrado apresentada por **Ana Flávia Nogueira Silva**, do Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais, em 29 de maio de 2014, ao Mestrado em Direito- Área De Concentração: Proteção Dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG, e aprovada pela Banca Examinadora constituída pelos professores:


Professora Doutora Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz,
Orientadora-UIT-MG


Professor Doutor Daniel Moreira do Patrocínio
Professor Convidado – Centro Universitário UNA


Professor Doutor: Carlos Alberto Simões de Tomaz
Universidade de Itaúna - MG


Professora Doutora Susana Camargo Vieira
No exercício da coordenação do Mestrado em Direito
Universidade de Itaúna-MG

À minha mãe Cleusa, meu porto seguro.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a DEUS acima de tudo e todos, pelas bênçãos de sempre.

Agradeço à minha orientadora Luana, pela atenção em escutar minhas dúvidas, por ter me norteado nas ideias na escrita da dissertação e por toda liberdade e confiança referente ao presente trabalho.

Agradeço também aos Professores Gregório Assagra de Almeida, Luiz Manoel Gomes Júnior e Susana Vieira pelo auxílio nas discussões de idéias, que tiveram grande valia para a conclusão desse trabalho.

Agradeço à minhas amigas do mestrado Ana Luisa, Lilian, Grasielly e Júlia, com elas percebi que o aprendizado é uma construção diária e o afeto é um ingrediente indispensável. Sinto que nós percorremos este caminho juntas, nos complementando e nos fortalecendo. Obrigada pela rica troca de ideias e cumplicidade.

Agradeço à Alessandra Garbazza, amiga fiel que esteve ao meu lado em momentos cruciais da elaboração da dissertação, pela incrível disponibilidade oferecida para me ajudar na escrita e ideias do trabalho. Você foi simplesmente essencial.

Agradeço à minha querida amiga Lorena Egídio, por me ouvir nos momentos de desesperos e saber me acalmar com sua maturidade de Doutoranda.

Agradeço à todos funcionários da biblioteca da UIT em especial ao Jair e à Mônica, sem eles eu não teria livros suficientes para concluir esse trabalho.

Agradeço ao Professor Jacinto Coppato, por ter confiado em mim e ter me permitido colocar em prática os ensinamentos adquiridos no mestrado.

Agradeço a todos os meus familiares, em especial ao Matozinho pelo apoio incondicional, incentivo, atenção e confiança depositada em mim sempre.

Por fim, agradeço a minha mãe Cleusa, ao meu pai Divino, à minha irmã Larissa e ao meu namorado Gustavo. Deixei vocês por último, porque sempre deixo o melhor para o final, e vocês são o melhor da minha vida.

Obrigada pai, por tudo que você me ensinou. Obrigada pela sua generosidade e simplicidade. Pelo amor incondicional, pelo carinho e afeto ao longo dos meus estudos.

Obrigada minha irmã, pela cumplicidade, ajuda na revisão da dissertação e pelo apoio incondicional.

Obrigada Gustavo, por todo amor, carinho, compreensão e paciência. Obrigada por estar ao meu lado, sempre.

Obrigada mãe, pelo seu apoio incondicional, pelo seu amor e carinho. Obrigada por acreditar em mim, mesmo quando eu não acreditava. Você é minha fortaleza. Não encontro palavras que consigam te agradecer, simplesmente fico completamente envolvida por um enorme sentimento: gratidão. Muito obrigada.

RESUMO

O presente trabalho realiza uma análise sobre a legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo. Com base nos diplomas do microssistema processual coletivo e uma leitura sistêmica da Constituição da República de 1988, busca-se definir quem possui legitimidade para impetrar o *mandamus* coletivo, bem como as peculiaridades de cada um dos legitimados. Iniciaremos com uma resenha histórica da evolução do direito processual coletivo no Brasil e no direito comparado, a fim mostrar como surgiu e como se firmou entre nós. As duas partes seguintes são dedicadas ao estudo do objeto e das condições da ação do mandado de segurança coletivo, definindo em especial as características da legitimidade coletiva. Na parte final, é analisado o rol dos legitimados ativos no mandado de segurança coletivo, com intuito de definir se o rol constitucional, bem como se o da lei que regulamenta o mandado de segurança é taxativo ou apenas exemplificativo. Para isso analisaremos cada um dos possíveis legitimados para a propositura do *writ* coletivo, verificando com base na interação das leis que disciplinam a tutela coletiva e nas disposições do texto constitucional se é possível ampliar a legitimidade no mandado de segurança coletivo.

Palavras-chave: Processo Coletivo. Direitos Fundamentais. Mandado de Segurança Coletivo. Legitimidade. Ampliação do rol de legitimados.

ABSTRACT

This work performs an analysis on the active legitimacy in collective writ of mandamus. Based on the collective degrees of procedural microsystem and a systematic reading of the Constitution of 1988 , we seek to define who has standing to petition for mandamus the collective as well as the peculiarities of each legitimized . We begin with a historical overview of the evolution of collective procedural law in Brazil and comparative law in order to show how it arose and steadied between us. The next two sections are devoted to the study of the object and the conditions of the action of the collective writ of mandamus. in particular defining characteristics of collective legitimacy. In the final part, we analyze the role of assets in legitimate collective writ of mandamus , in order to define the constitutional role and the law governing the writ of mandamus is exhaustive or merely illustrative . For this we analyze each possible legitimate for bringing the collective writ checking based on the interaction of the laws governing the collective protection and the provisions of the Constitution if it is possible to increase the legitimacy of the warrant of collective security.

Keywords: Collective Process. Fundamental Rights. Collective Writ of Mandamus. Legitimacy. Expansion of the list of legitimate.

ABREVIATURAS

ACP	Ação Civil Pública
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgRg	Agravo Regimental
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CPC	Código de Processo Civil
CR	Constituição da República Federativa do Brasil
DJ	Diário de Justiça
DJU	Diário de Justiça da União
DP	Defensoria Pública
IBPD	Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil
LC	Lei Complementar
LGL	Lei Geral de Licitação
MS	Mandado de Segurança
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
MP	Ministério Público
PL	Projeto de Lei
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
PT	Partido dos Trabalhadores
RESP	Recurso Especial
RMS	Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 CONTEXTO HISTÓRICO DAS AÇÕES COLETIVAS	15
2.1 A tutela coletiva como evolução do processo individual	15
2.2 Das ações coletivas inglesas e norte-americanas	20
2.3 O movimento pela coletivização do processo no direito processual brasileiro	26
2.4 Origem e estágio atual do Mandado de Segurança Coletivo	30
3 DIREITOS TUTELADOS PELO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO	36
3.1 Direitos Difusos	37
3.1.1 <i>Da polêmica dos direitos difusos como objeto do Mandado de Segurança Coletivo</i>	40
3.2 Direitos Coletivos	43
3.3 Direitos Individuais Homogêneos	46
4 CONDIÇÕES DA AÇÃO	50
4.1 Possibilidade jurídica do pedido	55
4.1.1 <i>Possibilidade jurídica no mandado de segurança coletivo</i>	57
4.2 Interesse Processual	58
4.2.1 <i>Do interesse processual no Mandado de Segurança Coletivo</i>	60
4.3 Legitimidade para agir	64
4.3.1 <i>Da legitimidade no Mandado de Segurança Coletivo</i>	69
4.3.2 <i>Natureza jurídica da legitimidade coletiva</i>	73
4.4 Liquidez e certeza	80
5 LEGITIMIDADE ATIVA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO	88
5.1 Princípios processuais aplicados à tutela coletiva no âmbito da legitimidade ativa	88
5.1.1 <i>Princípio da presunção da legitimidade “ad causam” ativa pela afirmação do direito</i>	89
5.1.2 <i>Princípio da máxima efetividade do processo coletivo</i>	91
5.1.3 <i>Princípio da Máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum</i>	91

5.1.4 <i>Princípio da flexibilização das técnicas processuais</i>	92
5.1 Legitimidade do partido político	93
5.2 Legitimidade da organização sindical, entidade de classe ou associação.	100
5.3 A ampliação do rol previsto no inciso LXX do art. 5º da Constituição da República e no art. 21, caput, da Lei n. 12.016/2009	106
5.4 O microssistema coletivo das normas processuais como fundamento para a ampliação da legitimidade ativa	108
5.5 A proposta do Projeto de Lei 222/2010 para ampliação dos legitimados ativos para impetração do mandado de segurança coletivo	118
5.6 Da legitimidade do Ministério Público	120
5.6 Da legitimidade da Defensoria Pública.....	125
5.7 Da legitimidade do cidadão.....	131
5.8 Da legitimidade da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações públicas, sociedades de economia mista e órgãos públicos sem personalidade jurídica.....	139
5.9 Da legitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil.....	141
 6 CONCLUSÃO.....	 146
 REFERÊNCIAS	 151
 ANEXO.....	 160

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são direitos inerentes à própria condição humana, abrangendo não apenas o direito vital do indivíduo, assim como a sua dignidade, o que demonstra a face normativa suprema dos referidos direitos perante o Estado. Como elemento nuclear da Constituição da República de 1988, os direitos fundamentais têm a finalidade de limitar o exercício do poder estatal contra as liberdades essenciais. De tal modo, como leciona Ingo Wolfgang Sarlet “o Estado constitucional determinado pelos direitos fundamentais assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente.”¹

Com base nas ideias lançadas é necessário o aperfeiçoamento dos institutos jurídicos a fim de proporcionar maior efetividade aos direitos e garantir um maior acesso à justiça, o que somente é possível no âmbito de um autêntico Estado Democrático de Direito.

Assim, com a finalidade de proteger e garantir os direitos fundamentais contra as arbitrariedades provenientes do Estado, a Constituição de 1934 trouxe em seu texto um instituto capaz de resguardá-los: o mandado de segurança.

Trata-se o mandado de segurança de uma garantia constitucional por excelência destinado à defesa de atos ilegais ou abusivos, praticados por autoridade pública, ou quem lhe faça às vezes, e que resultem em violação de direitos sejam eles individuais e ou coletivos, desde que esses sejam líquidos e certos.

Nesta perspectiva, o mandado de segurança é indispensável no modelo de Estado Democrático de Direitos, sendo “imprescindível tanto para os direitos fundamentais quanto para a própria democracia no País”, como ensina Gregório Assagra de Almeida².

Visto a sua importância no plano da proteção dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição da República de 1988, preocupada com uma série de novos direitos, consagrou o mandado de segurança coletivo, embora tratando exclusivamente da matéria atinente a legitimidade ativa. Importante salientar que essa ação coletiva não é uma figura nova do mandado de segurança e sim o mesmo mandado de segurança individual com a possibilidade de tutela de direitos transindividuais.

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10º Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 58-59.

² ALMEIDA, Gregório Assagra; CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. Mandado de Segurança. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 30.

No que tange a regulamentação infraconstitucional do mandado de segurança coletivo, foi realizada com a edição da lei 12.016 em 07 de agosto de 2009, que a respeito da legitimidade, se limitou a repetir o disposto na CR/88, ao elencar apenas o partido político, a organização sindical, a entidade de classe e a associação como partes legítimas.

É nesse contexto que o problema levantado neste estudo incide sobre o seguinte questionamento: será possível a extensão da legitimidade ativa para impetração do mandado de segurança coletivo?

A relevância do tema se justifica pelo fato de que a expansão dos possíveis legitimados garantiria maior acesso à justiça e economia processual, consequentemente mais efetividade na proteção dos direitos fundamentais violados ou ameaçados, principalmente em razão da celeridade e simplicidade do procedimento adotado pelo Mandado de Segurança.

E ainda, a importância do mandado de segurança coletivo evidencia-se no fato de que a análise de um único processo será feita de forma muito mais célere e técnica do que o exame voltado para centenas de demandas individuais. Além disso, a multiplicidade de litígios individuais está propensa a respostas diversas do poder judiciário, o que sem dúvida é uma afronta à garantia da segurança jurídica.

O objetivo geral desse estudo é, portanto, demonstrar a viabilidade e relevância da extensão dos legitimados para a impetração do mandado de segurança coletivo.

Especificamente objetiva-se analisar a evolução histórica do mandado de segurança; definir conceitos e salientar a importância da extensão do rol de legitimados para a propositura do mandado de segurança coletivo, a fim de ampliar o acesso a justiça; analisar casos concretos em que esteja em discussão a legitimidade no mandado de segurança coletivo; examinar a aplicabilidade do mandado de segurança coletivo como uma medida socio jurídica capaz e eficiente de assegurar a efetividade do direito fundamental e o acesso à justiça; e ainda analisar cada um dos entes legitimados pelo microssistema comum de direito coletivo.

Assim, buscar-se-á, realizar um estudo acerca da legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo diante do rol do artigo 5º da CR/88 e do artigo 21 da Lei 12.016/2009, e promover uma análise sistêmica do texto constitucional e dos diplomas legais que compõem o microssistema coletivo.

Metodologicamente, para este trabalho, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, de modo a delimitar o conhecimento científico acumulado sobre o tema proposto, empregando entendimentos de autores sedimentados em artigos, periódicos, livros, legislação e doutrina multidisciplinar, aderindo como fundamento a atual visão

constitucionalizada dos direitos fundamentais. Ademais, adotou-se a vertente dedutiva dogmática crítica, com o desenvolvimento do raciocínio dedutivo-indutivo.

Para o desenvolvimento dessas questões, este trabalho será desenvolvido em quatro capítulos. Logo, o estudo será iniciado com elaboração de um capítulo que delineará uma breve análise diacrônica do processo coletivo no Brasil e no direito comparado, passando pelos diplomas que construíram o processo coletivo, atualmente vigente. Nesse capítulo será essencial analisar, ainda que de modo breve, sobre a evolução da ação mandamental no sistema jurídico brasileiro.

No tópico seguinte, o texto focará nas espécies de direitos coletivos, objeto do mandado de segurança coletivo. Destaca-se aqui a análise dos direitos difusos como matéria de defesa através do *mandamus* coletivo, já que a lei infraconstitucional não incluiu essa espécie de direito dentre o rol dos direitos tutelados por meio dessa ação, mas por outro lado a CR/88 não fez nenhuma restrição a esse respeito, apenas trata do direito *tout court*.

Dedicar-se-á o terceiro capítulo para o exame das condições da ação exigidas pelo nosso Código de Processo Civil, retomando as teorias elaboradas ao longo da história para definir um conceito de ação até as teorias aceitas no modelo processual atual. Nesse capítulo também será realizada uma análise das especificidades das condições clássicas – possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade das partes – no âmbito do mandado de segurança coletivo e será definida a condição específica da ação mandamental. Sublinha-se que dentro da legitimidade de agir será analisada com especial atenção sua natureza jurídica no campo das ações coletivas bem como será delimitado as principais premissas da legitimidade ativa e passiva no *mandamus* coletivo.

Até esse ponto, o trabalho terá pretensões apenas gerais e expositivas, como meio de se definirem questões e institutos que terão importância para o estudo crítico que se fará no capítulo seguinte.

Por fim, no quarto capítulo, concluiremos o estudo analisando cada um dos legitimados elencados no art. 5º da CR/88, no art. 21 da Lei 12.016/2009. Faremos, ainda, uma análise ampla e sistêmica dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, bem como do microssistema comum do direito processual coletivo, das disposições dos anteprojetos de código de processo coletivo sobre legitimidade ativa, do projeto de lei que pretende alterar a lei 12.016/2009, e dos os princípios do processo coletivo atinentes à legitimidade ativa, a fim de verificar se esse rol de legitimados seria taxativo a disposição legal ou, ao contrario, tratar-se-ia apenas de estabelecimento exemplificativo.

O trabalho utilizará de conceitos do processo individual quando necessário para contextualização do assunto, mas sobretudo focará nas peculiaridades atinentes ao processo coletivo. Logo, lançará mão de conceitos oriundos e já sedimentados do mandado de segurança individual.

Quanto à questão terminológica, é fundamental verificar que não há acordo entre os teóricos a respeito da designação correta ao gênero que abrange os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, sendo utilizadas como sinônimas as expressões: direitos coletivos em sentido amplo, direitos transindividuais, direitos massificados, direitos metaindividuais. Ainda que possa haver distinções etimológicas entre as expressões, o fato é que não têm qualquer diferença jurídica, de modo que serão utilizadas como sinônimas ao longo deste trabalho.

Do mesmo modo, serão aplicadas ao longo do texto, com sentido semelhante, as expressões microssistema coletivo, sistema único coletivo, e sistematização do sistema processual coletivo, microssistema comum do direito processual coletivo.

Também não se faz qualquer distinção entre os direitos ou interesses transindividuais, uma vez que a polêmica é superada pelo CDC, pois, conforme explica Kazuo Watanabe³, “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”.

O trabalho não tem a pretensão de esgotar o assunto, por ser vasto e complexo, mas pretende verificar quem possui legitimidade para impetrar a ação mandamental para tutela de interesses metaindividuais, partindo do pressuposto de que o mais importante é a proteção efetiva dos direitos metaindividuais, bem como tratar o mandado de segurança coletivo de instrumento hábil a realização do Estado Democrático de Direito.

³ GRINOVER, Ada Pellegrini; WANTANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2. p. 70.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DAS AÇÕES COLETIVAS

2.1 A tutela coletiva como evolução do processo individual

A existência dos direitos metaindividuais não é um fato inédito e recente; trata-se na verdade de um fenômeno social que acompanha a sociedade desde os tempos primitivos.⁴ Desse modo, o que se pode definir como recente é o tratamento processual desses direitos de índole coletiva.⁵

Os referidos direitos prescindiam de uma adequada proteção jurídica, visto que a tutela jurisdicional foi elaborada para atender à proteção de direitos individuais e não previam instrumentos hábeis para a tutela coletiva. Tal necessidade foi verificada apenas com a evolução do conceito de processo que passou por três fases marcantes: fase imanentista ou sincretista, fase autonomista e fase instrumental.

Na primeira fase, que predominou até 1.868, denominada de fase imanentista ou sincretista, o direito processual não era visto como uma ciência autônoma, mas como acessório do direito material, isto é, não existia a possibilidade de separação entre o direito material ou substancial e o direito formal ou procedimental.⁶

Cássio Scarpinella Bueno⁷ esclarece que o uso do termo sincrético ou fase sincrética é estabelecido tendo em vista a ausência de elementos mínimos para se separar ou distinguir as normas processuais civis e o direito material ou normas substanciais.

Acrescentam Antônio Carlos A. Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco⁸:

Até meados do século passado, o processo era considerado simples meio de exercício dos direitos (daí, direito adjetivo, expressão incompatível com a hoje reconhecida independência do direito processual). A ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Não se tinha

⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual de Processo Coletivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 29-30.

⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual de Processo Coletivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 30.

⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra. Manual das Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007. p. 05.

⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 42.

⁸ CINTRA, Antonio Carlos A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 48.

consciência da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo. Nem se tinha noção do próprio direito processual como ramo autônomo do direito e, muito menos, elementos para a sua autonomia científica. Foi o longo período de sincretismo, que prevaleceu das origens até quando os alemães começaram a especular a natureza jurídica da ação no tempo moderno e acerca da própria natureza jurídica do processo.

A insuficiência da concepção sincretista foi evidenciada através da obra do jurista alemão Oscar Von Bülow, que demonstrou a possibilidade de existir uma relação processual independente da relação material.⁹

Assim, por influência da obra de Bülow surge a fase autonomista do processo, caracterizada pela autonomia entre a relação processual e material. A partir daqui o processo civil passa a ser estudado de forma autônoma e independente do direito material.¹⁰ Na lição de Gregório Assagra de Almeida¹¹:

Nessa fase, o método de estudo do direito processual era o meramente técnico-jurídico. A visão do sistema processual era introspectiva, fechada como se o direito processual tivesse um fim em si mesmo. Com efeito, não havia preocupação com questões relativas ao acesso à justiça, à efetividade do processo. Na fase autonomista, também conhecida como fase do procedimentalismo científico, os pobres e a coletividade massificada, essa na sua condição de titular dos direitos ou interesses transindividuais, ficavam fora da preocupação e dos estudos dos processualistas.

Apesar de o direito processual ter alcançado um ponto de maturidade gratificante, ao estabelecer grandes construções científicas, com a formulação de teorias a respeito da jurisdição, da ação, da defesa e do processo, percebeu-se a necessidade de revisão deste para atender aos reais anseios da sociedade, com a efetividade do direito material e a garantia do amplo acesso à justiça.¹²

Surge então a terceira grande fase do direito processual, denominada fase instrumentalista. Nessa fase prevalece uma visão pluralista que vai além da técnica jurídica e da visão introspectiva¹³, reconhecendo a “necessidade de fazer o processo valer pelo que

⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra. Manual das Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007. p. 06.

¹⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra. Manual das Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007. p. 05.

¹¹ ALMEIDA, Gregório Assagra. Manual das Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007. p. 06.

¹² LEONEL, Ricardo de Barros. Manual de Processo Coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 20.

¹³ ALMEIDA, Gregório Assagra. Manual das Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 07.

propicia, a justiça substancial, a adequada aplicação do direito material, ou ainda, o acesso à ordem jurídica justa.”¹⁴

Na terceira fase os processualistas passaram a perceber que o processo nada mais é do que um instrumento de acesso à justiça. Por conseguinte, sendo o processo um instrumento, só se pode analisá-lo à luz de um objetivo maior, que é justamente prestar a jurisdição. Em outras palavras “a preocupação central desta nova visão metodológica é com o acesso a uma ordem jurídica justa.”¹⁵

Aqui, também se desenvolveram as denominadas ondas renovatórias do acesso à justiça, abordado com excelência na clássica obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

Segundo Cappelletti e Garth¹⁶ uma *primeira onda* garantiu assistência jurídica aos pobres, uma *segunda onda* superou obstáculos mais complexos e se refere à defesa em juízo de interesses difusos e, uma *terceira onda*, diz respeito à ampliação do acesso à justiça.

Cappelletti e Garth sobre a primeira onda renovatória ponderam que:

Os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram-se, muito adequadamente, em proteger serviços jurídicos para os pobres. Na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa. Os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não a podem custear são, por si mesmos, vitais¹⁷.

A segunda onda renovatória tratou da superação de obstáculos mais complexos: fazer acessível à tutela jurisdicional aqueles direitos que surgem particularmente importantes e vulneráveis. Cappelletti e Garth¹⁸ asseveram que o “segundo movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres.”

Os citados autores ainda expõem que a dificuldade da segunda onda renovatória para inserir a proteção a direitos difusos é consequência da concepção tradicional do processo civil, que tinha o processo apenas como uma solução de controvérsia entre duas pessoas que

¹⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual de Processo Coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 21.

¹⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra. Manual das Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007. p. 07.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GAETH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 31-32.

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GAETH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 31-32.

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GAETH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 49.

discutiam interesses próprios e individuais.¹⁹

Entretanto, as mudanças iniciadas nessa fase geraram resultados rápidos e a visão individualista foi se fundindo com a concepção social e coletiva, para assim alcançar a proteção dos direitos metaindividuais. Cappelletti e Garth²⁰ apontam algumas dessas mudanças ocorridas durante a segunda onda renovatória do acesso à justiça:

Em primeiro lugar, com relação à legitimidade ativa, as reformas legislativas e importantes decisões dos tribunais estão, cada vez mais, permitindo que indivíduos ou grupos atuem em representação dos interesses difusos. Em segundo lugar, a proteção de tais interesses tornou necessária uma transformação do papel do juiz e de conceitos básicos como a “citação” e o “direito de ser ouvido”. Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer a juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um “representante adequado” para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam “citados” individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da coisa julgada, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos.

Por último, a terceira onda renovatória delineou o acesso mais amplo à justiça, através de um novo enfoque que buscava ampliar os programas de assistência judiciária, para atender os indivíduos hipossuficientes, o que garantiu a essas pessoas menos privilegiadas o conhecimento dos seus direitos e consequentemente aumentou a reivindicação dos direitos lesados. Outro aspecto crucial dessa terceira onda renovatória consistiu na criação de mecanismos para a tutela de direitos difusos dos consumidores, preservacionistas e do público em geral e não apenas dos pobres.²¹ Nas lições de Cappelletti e Garth²²:

O novo enfoque de acesso à Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GAHTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 49.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GAHTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 49-50.

²¹ CAPPELLETTI, Mauro; GAHTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 67.

²² CAPPELLETTI, Mauro; GAHTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 67-68.

disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.

Destaca-se que essa última fase de evolução do processo, fase instrumentalista, reconhece o processo coletivo, ao passo que é o instrumento essencial para garantir o acesso à justiça nas situações em que ocorra violação de direitos metaindividuais.²³ Ricardo de Barros Leonel²⁴ destaca:

Se o processo é instrumento e deve funcionar de forma adequada a tutelar todas as situações materiais, deve ser predisposto de modo a amparar igualmente situações em que se façam presentes os direitos ou interesses coletivos, que crescem em nossos tempos em decorrência da evolução da sociedade e das relações de massa, e que não encontravam amparo, anteriormente, nos métodos tradicionais de solução judicial de conflitos.

Contudo, a doutrina verifica que a fase instrumentalista está em crise e necessita de uma revisão com base na teoria dos direitos fundamentais.²⁵ O objetivo não é a renúncia dos conceitos da fase instrumentalista, mas sim aproveitar o trabalho já existente e adequá-lo às exigências atuais.²⁶ De acordo com Gregório Assagra de Almeida, a intenção é revisar e redirecionar a fase instrumentalista sob duas premissas básicas: “o direito processual é instituição constitucional; o seu estudo, a sua forma legislativa, a sua interpretação e aplicação têm de ter como guia condutora a teoria dos direitos e garantias fundamentais.”²⁷

O que se pretende com essa revisão, enfim, é uma releitura dos conceitos já existentes, que foram basicamente definidos na fase autonomista do processo e adaptá-los aos anseios atuais e ao modelo do Estado Democrático. Almeida destaca ainda, que caso essa revisão não seja feita, conviveremos com incessantes reformas no sistema processual que nunca satisfazem os anseios da sociedade e, acima de tudo, do Estado Democrático de

²³ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual de Processo Coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 21-22.

²⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual de Processo Coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 22.

²⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra. Manual das Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 17.

²⁶ Ainda a propósito da adaptação da fase instrumentalista aos anseios atuais Gregório Assagra de Almeida afirma: “Da mesma forma que a fase instrumentalista não negou a autonomia do direito processual, que foi conquistada pela fase anterior (autonomista e conceitual), a nova fase a ser implantada do garantismo-constitucional processual fundamental não nega a metódica pluralista e aberta conquistada pela fase instrumentalista, mas pretende redirecioná-la e revisá-la com base nas duas premissas acima quais sejam: o direito processual que é uma instituição constitucionalizada; o seu estudo, a sua reforma legislativa, a sua interpretação e aplicação têm de ter como guia condutora a teoria dos direitos e garantias fundamentais”. (ALMEIDA, Gregório Assagra. Manual das Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 18)

²⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra. Manual das Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 17-18.

Direito.²⁸

Evidencia-se nesse contexto a necessidade de reajustar as técnicas processuais às necessidades dos conflitos de massa, ou seja, elaborar novas técnicas processuais que se ajustem às peculiaridades das ações coletivas.²⁹

Assim, identifica-se que a tutela coletiva foi consequência de uma releitura do sistema processual individual frente aos anseios da sociedade ao amplo acesso à justiça.

E com o propósito de entender a origem e o desenvolvimento das ações coletivas no direito brasileiro, analisaremos a seguir a tutela coletiva no direito inglês e norte-americano.

2.2 Das ações coletivas inglesas e norte-americanas

A concepção atual de processo coletivo desenvolveu-se na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, sendo que a Inglaterra é indicada como o berço dos litígios coletivos.³⁰ E é exatamente por esse motivo que no plano do direito comparado, analisaremos com ênfase as ações coletivas no direito inglês e no direito norte-americano.

Stephen Yeazeel³¹, citado por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, aponta que o caso inaugural das demandas coletivas teria ocorrido no ano de 1.199, quando o pároco Martin, ajuizou uma ação em face dos paroquianos de Nuthamstead, povoação de Hertfordshire, pleiteando o reconhecimento do direito a certas oferendas e serviços diários. Apenas alguns do membros da comunidade foram chamados a juízo, para, supostamente, responder por todos.³²

No entanto, Edward Peters, nota um acontecimento similar, no ano de 1179. Na cidade de Paris, um grupo de aldeões da vila de Rosnysouns-Bois teriam proposto ação reivindicando o fim da condição de servos, em face do abade e dos clérigos de Santa Genoveva.³³

Embora não haja consenso entre os estudiosos em relação à primeira manifestação da tutela coletiva, observa-se que os primeiros registros são de ação coletiva passiva que,

²⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra. Manual das Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 18.

²⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual de Processo Coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 23-24.

³⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 43.

³¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 43.

³² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 43-44.

³³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 43, nota de rodapé nº 2.

atualmente são estudadas como algo inovador no sistema processual coletivo.³⁴

Registra-se que a princípio não havia nenhuma preocupação relacionada as questões processuais desse novo instituto. Até mesmo porque prevalecia a ideia de que o processo era mero acréscimo do direito material. A preocupação era simplesmente a defesa dos direitos materiais.³⁵

Entretanto, o surgimento das ações de natureza coletiva somente foi possível nessa época em razão das peculiaridades da jurisdição inglesa. A organização jurisdicional era prestada de forma partilhada: jurisdição de direito (*common law jurisdiction*), aplicado pela *court of law*, solucionava os litígios com base no direito comum; e jurisdição da equidade (*equity jurisdiction*), um sistema de maior flexibilidade, aplicado pela denominada *court of chancery*, que solucionava as pretensões de natureza declaratórias e mandamentais, para os quais não havia previsão legal, com base em um juízo de equidade.³⁶

Considerada essas duas esferas jurisdicionais é necessário analisar a figura da intervenção de terceiros. No plano das *courts of law* não era possível a formação de litisconsórcio voluntário/facultativo; permitia-se apenas o litisconsórcio necessário, enquanto que as *courts of chancery* admitiam a formação de litisconsórcio, justificado em questões afins e impunha a presença de todos os interessados na ação, sob pena de extinção. Assim, embora presente a figura da tutela coletiva na jurisdição de equidade, era convicta a existência de efetivo prejuízo às partes, já que essa era impedida pela impossibilidade de identificar todos os interessados no julgamento da lide.³⁷

À frente da necessidade de criar um sistema para tutela de interesses de índole coletiva, nasce, no âmbito das *courts of chancery*, o procedimento denominado *bill of peace*, que passou a admitir, conforme ensina Teori Albino Zavascki³⁸, “que representantes de determinados grupos de indivíduos atuassem, em nome próprio, demandando por interesses dos representados ou, também, sendo demandados por conta dos mesmos interesses.”

Aqui nascem as denominadas ações de classe (*class action*), segundo Zavascki³⁹

³⁴ TORRES, Artur Luís Pereira. Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas. Revista Brasileira de Direito Processual (RDBPro). Belo Horizonte, ano 17, n. 69, jan. 2010.

³⁵ TORRES, Artur Luís Pereira. Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas. Revista Brasileira de Direito Processual (RDBPro). Belo Horizonte, ano 17, n. 69, jan. 2010.

³⁶ TORRES, Artur Luís Pereira. Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas. Revista Brasileira de Direito Processual (RDBPro). Belo Horizonte, ano 17, n. 69, jan. 2010.

³⁷ TORRES, Artur Luís Pereira. Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas. Revista Brasileira de Direito Processual (RDBPro). Belo Horizonte, ano 17, n. 69, jan. 2010.

³⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 23.

³⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos. 4. ed.

“embora se registre, na jurisprudência da época, casos ilustrativos da sua utilização, esse modelo procedimental enfrentava dificuldades de ordem teórica e prática, relacionados sobretudo com a ausência de definição de seu contorno.”

Entretanto, o *bill of peace* não permitiu a plena efetividade dos direitos coletivos, já que na sua origem na Inglaterra só era aplicado na esfera da *courts of chancery*, ou seja, quando seu fundamento fosse a equidade.⁴⁰

Em 1873, marcado com o surgimento da *Court of Judicature Act*, foi realizada a fusão entre a *common law jurisdiction* e a *equity jurisdiction*, e a definição da *class action* se aproximou mais, com suas características modernas. Aqui, a tutela coletiva dos direitos passou a ser reconhecida tanto nos direitos comuns, como naqueles fundados na equidade.⁴¹

O certo é que, como ensina Zavascki⁴², “da antiga experiência das cortes inglesas se originou a moderna *class action*, aperfeiçoada e difundida no sistema norte-americano”, mais especificamente, de acordo com a lição de Antônio Gidi⁴³, “*la acción colectiva norteamericana tiene sus orígenes históricos en el antiguo Derecho de Equidad (Equity)*”. E foi no direito norte-americano que o processo coletivo se aprimorou, até conquistar os aspectos de hoje.

Sublinha-se que o *bill of peace* do direito inglês tinha a finalidade de eliminar os limites em relação à formação do litisconsórcio, uma vez que era necessário identificar todos os interessados⁴⁴. Enquanto que, nas *class actions* norte-americanas como explica Artur Luís Pereira Torres “o núcleo do pensamento residia em possibilitar ao jurisdicionado, independentemente da diminuta expressão financeira da lesão, irrestrito acesso à justiça.”⁴⁵

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 24.

⁴⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual de Processo Coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 36-67.

⁴¹ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual de Processo Coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 66.

⁴² ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 24.

⁴³ GIDI, Antônio. Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos Individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil. University of Houston. Public Law and Legal Theory Series, 2006. p. 17. Tradução livre: “A ação coletiva norte-americana tem suas origens históricas no antigo Direito de equidade”.

⁴⁴ TORRES, Artur Luís Pereira. Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas. Revista Brasileira de Direito Processual (RDBPro). Belo Horizonte, ano 17, n. 69, jan. 2010.

⁴⁵ TORRES, Artur Luís Pereira. Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas. Revista Brasileira de Direito Processual (RDBPro). Belo Horizonte, ano 17, n. 69, jan. 2010. O autor ainda esclarece: “O pensamento americano referente à ampliação da possibilidade de uso do instrumento coletivo, como é de fácil percepção, desenvolve-se mediante a constatação de que, em diversos casos, o ínfimo aspecto financeiro das violações sofridas individualmente não justificavam a busca da tutela jurisdicional. Melhor dizendo, a reparação do dano, financeiramente, não instigava os lesados demandar em juízo, pois que, grosso modo, os valores alcançados não cobriam sequer os gastos despendidos com o processo. Nesse contexto, a preocupação doutrinária não mais encontrava despendidos com o processo”.

No processo de evolução das *class actions* no direito norte-americano, o primeiro regulamento formal foi a *Equity Rule 48*⁴⁶, de 1842. Essa regra representou um grande avanço, haja vista ter dispensado a necessidade de formação de litisconsórcio entre todos os titulares do direito lesado, ao reconhecer a figura da representação adequada.⁴⁷ Por outro lado, verifica-se um grande problema prático no texto da *Equity Rule 48*, já que o resultado da demanda atingia apenas aqueles presentes no processo.⁴⁸

Em 1912, diante das limitações contidas na *Equity Rule 48* foi editada a *Rule 38*.⁴⁹ O texto da referida norma, segundo Torres⁵⁰, “implantava o regime da coisa julgada *erga omnes* à generalidade das ações coletivas, determinando que as decisões proferidas vinculassem além dos membros presentes, aqueles pertencentes ao grupo que estivessem ausentes no processo.”

Somente em 1938, com a edição da *rule 23*, que o processo coletivo começou a ganhar os contornos que tem atualmente. Conforme pondera Leonel “este regramento representou inescindível expansão da possibilidade de utilização, ou seja, disponibilização das *class actions* no sistema americano, tanto para as demandas fundadas no sistema *at law* como na *equity*.”⁵¹ Torres⁵², nesse sentido, esclarece que com a promulgação da *rule 23* “chega ao fim o referido dualismo jurisdicional norte-americano herdado do direito inglês, isto é, as jurisdições de *law* e *equity* deixam de ser distinguidas e o fenômeno das ações coletivas passa a ser admitido, também, à proteção de direitos reconhecidos tão somente em *law*”.

Ainda, de acordo com Leonel⁵³ a *rule 23* previa três modalidades distintas de ações coletivas:

⁴⁶ TORRES, Artur Luís Pereira. Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas. Revista Brasileira de Direito Processual (RDBPro). Belo Horizonte, ano 17, n. 69, jan. 2010. Segundo Torres o texto da *Equity Rule 48* dispunha: “Quando as partes forem numerosas em um ou outro polo e não puderem, sem manifesta inconveniência e opressivos retardamentos, figurar como parte na ação, a corte em conformidade com a sua descrição poderá dispensá-los da atuação como parte e poderá dar prosseguimento à ação, tendo partes suficientes diante de si, para representar apropriadamente todos os interesses contrários aos dos autores e réus na ação perante a corte. Mas, em tais casos, a decisão judicial deve ser proferida sem prejuízo para os direitos e pretensões de todas as partes ausentes”.

⁴⁷ TORRES, Artur Luís Pereira. Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas. Revista Brasileira de Direito Processual (RDBPro). Belo Horizonte, ano 17, n. 69, jan. 2010.

⁴⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 66-67.

⁴⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 68.

⁵⁰ TORRES, Artur Luís Pereira. Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas. Revista Brasileira de Direito Processual (RDBPro). Belo Horizonte, ano 17, n. 69, jan. 2010.

⁵¹ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual de Processo Coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 68.

⁵² TORRES, Artur Luís Pereira. Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas. Revista Brasileira de Direito Processual (RDBPro). Belo Horizonte, ano 17, n. 69, jan. 2010.

⁵³ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual de Processo Coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 68.

Na *true class action*, o direito era absolutamente comum a todos os membros do grupo; na *hybrid class action*, o direito era comum em razão de várias demandas sobre um mesmo bem; e na *spurious class action*, inúmeras pessoas possuindo interesses diversos, reuniam-se para litigar em conjunto.

Em 1966, a *rule 23* passa por uma reforma na medida em revolucionar o trato com a matéria para acabar com as dúvidas e aclarar alguns aspectos relacionados à sua aplicação perante os tribunais, com destaque à legitimação e ao efeito da coisa julgada⁵⁴ e estabelecer o regime processual atualmente existente.⁵⁵

Observa-se que os Estados Unidos elaboraram o modelo mais importante no direito comparado de tutela coletiva de direitos.⁵⁶ Assim, como verifica Fredie Didier e Hermes Zaneti⁵⁷ “a tendência mundial é a universalização do modelo das *class actions*, sem dúvida o mais bem-sucedido e difundido entre os ordenamentos jurídicos da *comom law* e do *civil law*.”

Referente a legitimidade ativa, que é o tema central do nosso estudo, no sistema norte-americano não há necessidade de prévia autorização para a propositura da *class action*, sendo que cabe ao juiz o controle da admissibilidade da representação.⁵⁸

Não se pode negar a forte influência do sistema norte-americano para o sistema brasileiro no que diz respeito ao tratamento do processo coletivo, já que a doutrina brasileira foi influenciada pelo direito Italiano que, por sua vez, baseou seus estudos sobre ações

⁵⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual de Processo Coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 68-69.

⁵⁵ Teori Albino Zavascki sobre a *Rule 23* ensina: “admite-se que um ou mais membros de uma classe promovam ação em defesa dos interesses de todos os seus membros desde que (a) seja inviável, na prática, o litisconsórcio ativo dos interesses, (b) estejam em debate questões de fato ou de direito comuns a toda a classe, (c) as pretensões e as defesas sejam tipicamente de classe e (d) os demandantes estejam em condições de defender eficazmente os interesses comuns. Duas grandes espécies de pretensões podem ser promovidas mediante *class action*: (a) pretensões de natureza declaratória ou relacionadas com direitos cuja tutela seja efetiva mediante provimentos com ordens de fazer ou não fazer, geralmente direitos civis (*injuctions class actions*); e (b) pretensões de natureza indenizatória de danos materiais individualmente sofridos (*class actions for damages*). Destaca-se, na ação de significativa de poderes, seja para o exame das condições de admissibilidade da demanda e da adequada representação ostentada pelos demandantes, seja para o controle dos pressupostos para o seu desenvolvimento e a sua instrução. Atendidos os requisitos de admissibilidade e de desenvolvimento do processo, a sentença fará coisa julgada com eficácia geral, vinculando a todos os membros da classe, inclusive os que não foram dele notificados, desde que tenha ficado reconhecida a sua adequada representação”. (ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 26-27)

⁵⁶ DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. Curso de Processo Coletivo. São Paulo: Atlas, 2010. p. 36.

⁵⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. Bahia: Juspodivm, 2008. p. 60.

⁵⁸ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. Teoria das Ações Coletivas: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006. p. 139-140.

coletivas no modelo norte-americano⁵⁹. E o Brasil, “de modo responsável e inteligente, atentando-se para as peculiaridades da sociedade e do direito brasileiro”⁶⁰, realizou a transposição de diversas normas do modelo das *class actions* norte-americana para o seu ordenamento⁶¹.

Sublinha-se, contudo, que o direito inglês e norte-americano adotam o sistema da *common law*, ao contrário do ordenamento jurídico brasileiro que segue o sistema da *civil law*. Esses dois sistemas possuem diferenças estruturais, visto que enquanto o sistema de *common law* é mais flexível o sistema da *civil law* é mais rígido e formalista⁶². À vista disso, como orienta Leonardo Silva Nunes⁶³ “o direito processual coletivo brasileiro possui peculiaridades que fazem do seu processo coletivo algo deveras particular, impedindo o transplante forçado de instituições que com este são incompatíveis. É dizer: inspiração é bem diverso de uma imposta transmutação”

No que pese a influência modelo de processo coletivo do direito inglês e do direito norte-americano, é importante consignar o desenvolvimento no direito processual coletivo no restante do mundo, em especial na União Européia. Na história recente, especificamente em 11 de junho de 2013 a União Européia elaborou uma carta de Recomendações sobre princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indenizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo

⁵⁹ “La acción colectiva brasileña tiene sus orígenes en los estudios académicos realizados en Italia en la década de los setenta, cuando un grupo de profesores italianos estudiaron las acciones colectivas norteamericanas y publicaron artículos y libros sobre el tema. Los trabajos italianos de mayor influencia en Brasil fueron escritos por Mauro Cappelletti, Michele Taruffo y Vincenzo Vigoriti.” (GIDI, Antônio. Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos Individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil. University of Houston. Public Law and Legal Theory Series, 2006. p. 18). Tradução livre: “A ação coletiva brasileira tem suas origens em estudos acadêmicos na Itália, na década de setenta, quando um grupo de professores italianos estudou as ações coletivas norte-americanas e publicou artigos e livros sobre o assunto. Os trabalhos italianos de maior influência no Brasil foram escritos por Mauro Cappelletti, Michele Taruffo e Vincenzo Vigoriti”.

⁶⁰ DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. Curso de Processo Coletivo. São Paulo: Atlas, 2010. p. 37.

⁶¹ A título de exemplo Elpídio Donizetti e Marcelo Malheiros apontam: “Veja-se, por exemplo, a modalidade de execução coletiva concernente a direitos individuais homogêneos prevista no art. 100 do CDC, que terá lugar, de modo geral: quando a sentença condenatória não for liquidada pelas vítimas individualmente (ou pelos entes legitimados mediante representação – art. 97 do CDC); ou, ainda, se as vítimas que se habilitarem a tal fim não guardarem compatibilidade com a gravidade ou proporção do dano. Tal figura remete à *fluid recovery* norte-americana, isto é, uma reparação expansível (fluida), que não será utilizada exatamente para ressarcir, mas sim para fins conexos com os interesses do grupo de indivíduos homogeneamente considerados” (DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. Curso de Processo Coletivo. São Paulo: Atlas, 2010. p. 37).

⁶² MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. Teoria das Ações Coletivas: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006. p. 139-145.

⁶³ NUNES, Leonardo Silva. Mandado de Segurança coletivo: tutela de direitos difusos e legitimidade ativa expansiva. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação em direito da Faculdade de Direito da UFMG, 2014. p. 126.

direito da União.⁶⁴

Por fim, importante mencionar que não compõe objeto deste trabalho aprofundar no exame dos institutos peculiares ao processo coletivo no Direito Comparado. Todavia, essa análise superficial mostra-se essencial em virtude da forte influência exercida pelos modelos de outros países no processo coletivo brasileiro.

A seguir, o fenômeno da coletivização do processo no direito brasileiro.

2.3 O movimento pela coletivização do processo no direito processual brasileiro

Segundo Ricardo de Barros Leonel, a tutela dos direitos transindividuais no direito brasileiro teve sua origem na ação popular.⁶⁵ No início, anterior à Constituição de 1934, o referido instrumento processual coletivo não era disciplinado em lei própria e eram definidas como popular as ações que de alguma forma tutelavam um interesse público.⁶⁶

Com o advento da Constituição de 1934 a Ação Popular passou a integrar o rol das garantias constitucionais do cidadão e conferia legitimidade para que estes pudessem pleitear a nulidade ou anulação de atos lesivos ao patrimônio público. Não obstante tenha sido suprimida do texto Constitucional de 1937, a ação popular regressou na Constituição de 1946 mantendo-se até a atual Constituição da República de 1988. Assinala-se que em 1965 foi editada a lei 4.717/65 que disciplina a Ação Popular, legislação vigente até os dias atuais.⁶⁷

Não se pode negar, também, a importância do Direito do Trabalho na evolução da tutela coletiva no Brasil. A organização dos trabalhadores em “estruturas sindicais” foi sem

⁶⁴ Referente a Legitimidade a União Européia Recomenda que: III. Princípios Comuns às formas inibitória e Indenizatória da Tutela Coletiva - Legitimidade para intentar uma ação representativa - 4. Os Estados-Membros devem designar as entidades representativas para intentar ações representativas com base em condições claramente definidas. As condições devem incluir, pelo menos, os requisitos seguintes: a) A entidade não deve ter fins lucrativos; b) Deve existir uma relação direta entre os objetivos principais da entidade e os direitos concedidos pelo direito da União que se alega terem sido violados e em relação aos quais é intentada a ação; c) A entidade deve dispor de capacidade suficiente em termos de recursos financeiros e humanos, e de conhecimentos jurídicos, para representar vários requerentes agindo da melhor forma no interesse destes.

5. Os Estados-Membros devem assegurar que a entidade designada perderá o seu estatuto se uma ou mais das condições deixarem de se verificar.

6. Os Estados-Membros devem garantir que as ações representativas só podem ser intentadas por entidades que tenham sido designadas oficial e previamente, conforme recomendado no ponto 4, ou por entidades que tenham sido certificadas ad hoc pelas autoridades ou pelos tribunais um Estado-Membro para uma determinada ação representativa.

7. Cumulativa ou alternativamente, os Estados-Membros devem habilitar as autoridades públicas a intentar ações representativas.

⁶⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual de Processo Coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 52.

⁶⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual de Processo Coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 53.

⁶⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual de Processo Coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 52-53.

dúvida um dos marcos históricos, que conferiu mais notoriedade aos traços dos direitos transindividuais.⁶⁸ De acordo com Artur Luís Pereira Torres⁶⁹, a noção de representação coletiva, já era admitida no direito brasileiro desde o início do século XX, como o decreto nº 979/1903 que facultava aos profissionais da agricultura e das indústrias rurais a organização em sindicatos para defesa de seus direitos.

Em que pese o exposto, o efetivo desenvolvimento do processo coletivo contemporâneo se deu entre nós em um período mais recente e pode ser definido em três grandes momentos históricos de movimento da coletivização do processo brasileiro.⁷⁰

O primeiro marco histórico do movimento de coletivização do processo brasileiro foi a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), com a finalidade de proteger o meio ambiente, os consumidores, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e qualquer outro direito difuso e coletivo. Um dos critérios adotados por essa lei, que significou esse divisor de águas no processo coletivo, foi a mudança do modelo de legitimidade que passa a ser ativa concorrente e pluralista⁷¹ e não mais exclusiva como, por exemplo, o cidadão, para a propositura da Ação Popular.

A ação civil pública também apresentou um grande avanço, que merece nossa atenção, referente ao regime especial de coisa julgada: “que tem eficácia *erga omnes*, salvo quando nelas for proferido juízo de improcedência por falta de provas, hipótese em que qualquer dos legitimados ativos poderá renovar a ação, à base de novos elementos probatórios.”⁷²

O segundo grande momento da coletivização do processo coletivo brasileiro foi a Constituição da República de 1988 que, ao romper com o sistema da “tutela jurídica individualista, consagrou no Brasil um novo sistema jurídico, que é aberto, dinâmico e de tutela jurídica ampla ou irrestrita, seja em relação aos direitos individuais, seja em relação aos direitos massificados”⁷³.

Destacam-se na Constituição da República de 1988 alguns dispositivos que demonstram o verdadeiro avanço para a tutela de direitos coletivos: rompeu com a taxatividade dos direitos tutelados pela Ação Civil Pública, ao dispor que a utilização da Ação

⁶⁸ TORRES, Artur Luís Pereira. Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas. Revista Brasileira de Direito Processual (RDBPro). Belo Horizonte, ano 17, n. 69, jan. 2010.

⁶⁹ TORRES, Artur Luís Pereira. Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas. Revista Brasileira de Direito Processual (RDBPro). Belo Horizonte, ano 17, n. 69, jan. 2010.

⁷⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra. Manual das Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 5.

⁷¹ ALMEIDA, Gregório Assagra. Manual das Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 18.

⁷² ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 15.

⁷³ ALMEIDA, Gregório Assagra. Manual das Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 19.

Civil Pública poderá se dar para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, inciso III)⁷⁴; consagrou o mandado de segurança para a tutela de interesses massificados, o que potencializou a aplicação e eficácia da tutela coletiva⁷⁵; estendeu o campo de atuação através da ação popular ao dispor que esta pode ser promovida por “qualquer cidadão” para “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”.⁷⁶

É de se registrar com especial destaque que a Constituição da República de 1988 rompeu com a *summa divisio* clássica Direito Público e Direito Privado, ao inserir expressamente os direitos coletivos ao lado dos direitos individuais, dentro dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, como se observa do Capítulo I, Título II, sobre os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.

Essa mudança ocasionou o surgimento de uma nova *summa divisio* constitucionalizada Direito Individual e Direito Coletivo, que, como exalta Gregório Assagra de Almeida, “leva em conta não só o plano da titularidade dos direitos, mas também e especialmente o plano da proteção e da efetivação, que constitui o cenário capaz de fazer do direito instrumento de transformação com justiça da realidade social.”

Nesse contexto é inegável reconhecer que essa nova divisão é coerente com as acepções do Estado Democrático de Direito e que nos dias atuais o dualismo Estado e Sociedade está superado.

O Código de Defesa do Consumidor é terceiro momento histórico do movimento pela coletivização do direito processual coletivo brasileiro e traz em seu texto a divisão tripartite dos direitos coletivos em difusos, coletivos e individuais homogêneos.⁷⁷

Salienta-se que o advento desse Código possibilitou o surgimento de um microssistema do direito processual coletivo comum “formado pela completa interação entre a

⁷⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra. Manual das Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 19.

⁷⁵ Antônio Gidi destaca a criação do mandado de segurança coletivo pela Constituição Federal de 1998: “*Una innovación procesal creada por la Constitución fue el mandado de seguridad colectivo, una especie de acción colectiva de carácter no criminal, como el habeas corpus, para proteger de la ilegalidad y abuso de poder de las autoridades*” (GIDI, Antônio. Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos Individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil. University of Houston. Public Law and Legal Theory Series, 2006. p. 21). Tradução livre: “Uma inovação processual criada pela Constituição foi o mandado de segurança coletivo, uma espécie de ação coletiva de caráter não criminal, como é *habeas corpus*, para proteger a ilegalidade e abuso de poder por parte das autoridades”.

⁷⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 16.

⁷⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra. Manual das Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 19.

parte processual do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90, art.90) e a Lei de Ação Civil Pública, com aplicabilidade, no que for compatível, do Código de Processo Civil⁷⁸⁻⁷⁹. Com efeito, na lacuna legislativa ou em caso de dúvida sobre a aplicação do direito coletivo, deve-se buscar a resposta nesse microssistema integrado de tutela coletiva, que abrange não apenas a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, mas todos os diplomas que regulamentam a tutela de direitos coletivos.⁸⁰

Atenta-se para o fato de que há a tentativa de construção de um quarto momento da coletivização do direito processual, que consiste na criação de um Código de Processo Coletivo⁸¹ e a atualização da Lei de Ação Civil Pública⁸²⁻⁸³.

Importante se faz nesse ponto transcrever a observação de Ada Pellegrini Grinover⁸⁴ em relação à transformação do direito processual brasileiro:

Alguns anos após a introdução, no Brasil, da tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos, passando pela linha evolutiva que levou ao reconhecimento dos direitos individuais homogêneos, o balanço é francamente positivo. Depois de alguma tergiversação e de certas idas e vindas, até previsíveis em face da natural dificuldade de apreender plenamente toda a complexidade das novas normas, pode-se afirmar que os processos coletivos integram hoje a prática judiciária. A notável quantidade de demandas e da adequada resposta jurisdicional iluminaram as novas técnicas processuais e demonstraram o empenho dos legitimados – primeiro

⁷⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra. Manual das Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 19-20.

⁷⁹ Nesse sentido Antônio Gidi explica: “*Estas son leyes sobre acciones colectivas que se complementan unas a otras, siendo el equivalente a un Código de Procedimientos Colectivos*”. (GIDI, Antônio. Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos Individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil. University of Houston. Public Law and Legal Theory Series, 2006. p. 23) Tradução Livre: “Estas são as leis sobre ações coletivas que se complementam, sendo o equivalente a um Código de Processo Coletivo”.

⁸⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra. Manual das Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 19-20.

⁸¹ Já existem no Brasil dois Anteprojetos de Código de Processo Coletivo. O primeiro deles é coordenado pela Professora Ada Pellegrini Grinover e elaborado no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; e o segundo, elaborado em conjunto nos programas de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA), com coordenação do Professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes.

⁸² PL 5.13/2009 e PL 4.484/2012.

⁸³ Importante transcrever aqui a lição de Antônio Gidi: “*El momento, sin embargo, ya maduró, para la consolidación de las leyes sobre acciones colectivas en Brasil y para el desarrollo de un Código Procesal Colectivo autónomo y actualizado. Este Código daría enfoques claros y consistentes sobre el litigio de la acción colectiva y revisaría las reglas actuales, tomando en consideración la experiencia acumulada, los nuevos adelantos en jurisdicciones extranjeras y los recientes estudios comparativos*”. (GIDI, Antônio. Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos Individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil. University of Houston. Public Law and Legal Theory Series, 2006. p. 23.) Tradução livre: “O momento, no entanto, está maduro, para consolidar as leis sobre ações coletivas no Brasil e para o desenvolvimento de um código de processo coletivo autônomo e atualizado. Este código claro e consistente para a questão da ação coletiva e revisaria as regras atuais, tendo em conta a experiência acumulada, os novos desenvolvimentos em jurisdições estrangeiras e estudos comparativos recentes”.

⁸⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; WANTANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2. p. 43-44.

dentre todos, o Ministério Público -, a ampla gama de ações ajuizadas, o reconhecimento do corpo social. Pode-se afirmar, por certo, que os processos coletivos transformaram no Brasil todo o processo civil, hoje aderente à realidade social e política subjacente e às controvérsias que constituem seu objeto, conduzindo-o pela via da eficácia e da efetividade. E que, por intermédio dos processos coletivos, a sociedade brasileira vem podendo afirmar, de maneira mais articulada e eficaz, seus direitos de cidadania.

Depreende-se, portanto, que a inserção das ações coletivas no sistema processual brasileiro foi de extrema importância e causaram um profundo impacto na sociedade, já que possibilitaram amplo acesso à justiça e reparações que não seria possível através do processo individual, de forma a impedir condutas ilegais e indesejáveis.⁸⁵

Analisaremos a seguir a evolução da ação coletiva que é objeto específico do nosso trabalho: o mandado de segurança coletivo.

2.4 Origem e estágio atual do Mandado de Segurança Coletivo

O mandado de segurança surgiu no direito brasileiro sobre a influência do *amparo Mexicano* e os *writs* do direito anglo-americano⁸⁶.

Segundo Arnoldo Wald⁸⁷, “nos debates parlamentares e na campanha pela criação do novo remédio jurídico, os juristas brasileiros invocaram os exemplos do direito estrangeiro, fazendo referência expressa ao *juicio de amparo Mexicano*.”

Em 1922, no Congresso Jurídico de Seção de Direito Judiciário, o Ministro Muniz Barreto defendeu a necessidade de um instituto semelhante ao *juicio de amparo*, criado no México⁸⁸, porém, “com rito mais sumário, e que compreenda tanto a agressão ao direito, partida da autoridade pública, como a proveniente de ato privado.”⁸⁹

⁸⁵ GIDI, Antônio. *Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos Individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil*. University of Houston. Public Law and Legal Theory Series, 2006. p. 26.

⁸⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra; CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32.

⁸⁷ WALD, Arnoldo. *Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 11.

⁸⁸ BUZAID, Alfredo. “Juicio de amparo” e mandado de segurança. (Contraste e confrontos). *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, Ano III, v. 5, p. 30-70. jan./jun. 1962.

⁸⁹ José de Castro Nunes. *Do mandado de segurança*. 8a. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1980 (edição atualizada por José de Aguiar Dias), p. 2-3, apud, FACCI, Lucio Picanço. *Evolução Histórica do Mandado de Segurança*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4241>. Acesso em: 25 fev. 2014.

O *juicio de amparo* é “uma ação ajuizada pelo particular, na qual pleiteia perante a justiça a proteção contra ato de autoridade eivado de inconstitucionalidade.”⁹⁰ Apesar de não haver um consenso entre os doutrinadores sobre a origem do *juicio de amparo*, todos concordam que o “antecedente mais próximo está no projeto de constituição elaborado em 1840 por Manuel Crescêncio Rejon para o Estado de Yucatan.”⁹¹ Posteriormente, foi previsto na Acta de Reforma de 1847, elaborada por Marino Otero, a quem foi conferido o título de “criador do *judicio de amparo*”. Dez anos depois, em 1857, o *juicio de amparo* foi incluído na Constituição Mexicana, e não se separou mais do direito Mexicano.⁹²

Já os *writs* anglo-americano, instituídos no direito inglês e adotados no direito norte-americano, denominados de *injunction*⁹³, *mandamus*⁹⁴, *prohibition*⁹⁵, *quo warranto*⁹⁶ e *certiorari*⁹⁷ são meios judicial de defesa do particular contra a Administração Pública. Porém, os *writs* não são medidas de proteção exclusiva contra atos públicos, são utilizados também para defesa contra atos de particulares.

⁹⁰ WALD, Arnaldo. Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 11.

⁹⁰ BUZAID, Alfredo. “Juicio de amparo” e mandado de segurança. (Contraste e confrontos). Revista de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, Ano III, v. 5, p. 30-70. jan./jun. 1962.

⁹¹ WALD, Arnaldo. Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 11.

⁹¹ BUZAID, Alfredo. “Juicio de amparo” e mandado de segurança. (Contraste e confrontos). Revista de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, Ano III, v. 5, p. 30-70. jan./jun. 1962.

⁹² WALD, Arnaldo. Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 11.

⁹² BUZAID, Alfredo. “Juicio de amparo” e mandado de segurança. (Contraste e confrontos). Revista de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, Ano III, v. 5, p. 30-70. jan./jun. 1962.

⁹³ O “writ of injunction” é utilizado por particular contra a administração pública e vice-versa, bem como entre particulares e tem a finalidade de proibir ato cujo resultado causaria um dano irreparável. (BARBI, Celso Agrícola. Do Mandado de Segurança. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 20-21)

⁹⁴ De acordo com Celso Agrícola Barbi o “writ of mandamus” “é utilizado para compelir o funcionário à prática de ato do seu ofício, nos casos em que o servidor não tem poder discricionário.” (BARBI, Celso Agrícola. Do Mandado de Segurança. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 20)

⁹⁵ Celso Agrícola Barbi sobre o “writ of prohibition” ensina que este “raramente é usado para controle de ato de órgão da Administração Pública. Seu aproveitamento normal é para impedir que Cortes inferiores julguem sem jurisdição. É expedido aos tribunais inferiores e ao demandante, para que não prossigam no feito. Como se vê, tem predominantemente características de instrumento de controle de órgãos judiciais e não dos administrativos.” (BARBI, Celso Agrícola. Do Mandado de Segurança. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 21)

⁹⁶ Em relação ao “writ quo warranto” Barbi aponta que “apesar de adequado para o controle da Administração, não se destina, todavia, a resguardar direito privado. É geralmente pedido em favor e em nome do povo, para protegê-lo contra usurpação ilegal de cargos ou privilégios. A iniciativa, portanto, cabe comumente ao procurador ou membro do Ministério Público, e o resultado não é adjudicar a alguém o direito à nomeação, mas apenas definir a legalidade ou não do título do ocupante do cargo.” (BARBI, Celso Agrícola. Do Mandado de Segurança. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 21)

⁹⁷ O “writ certiorari” “é muito usado na justiça estadual para rever atos da Administração de natureza quase judicial.” Além disso, sublinha-se “que sua finalidade não é proibir, mas sim anular decisões das autoridades inferiores.” (BARBI, Celso Agrícola. Do Mandado de Segurança. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 21)

Contata-se, afinal, que os instrumentos processuais do direito comparado tinham um objetivo comum ao mandado de segurança: a proteção de direitos do homem contra as ilegalidades e abusos do Estado.

Contudo, não obstante a inspiração do mandado de segurança nos remédios do direito comparado, a ação mandamental é uma criação jurídica brasileira, não havendo instrumento absolutamente similar no direito estrangeiro. O mandado de segurança é resultado do esforço da doutrina e do legislador nacional que, estabeleceu suas características jurídicas, observando às reais necessidades da sociedade brasileira.⁹⁸ Assim, conforme explica Gregório Assagra de

⁹⁸ Ao fazer um paralelo entre o Mandado de Segurança e o amparo Mexicano, o jurista Mexicano Alcalá-Zamora explica: “Por lo menos desde 1922, juristas brasileños vienen dirigiendo la mirada al amparo mexicano, y éste aparece con frecuencia en ellos como uno de los posibles antecedentes del mandato de seguridad. Si ahora agregamos que en México el amparo suele ser designado como juicio constitucional, fácil sería por este derrotero conducir el mandato de seguridad al redil del proceso constitucional. Sin embargo, una vez más las apariencias engañan, porque, en rigor, de lo que menos tiene el amparo mexicano es de proceso constitucional stricto sensu, salvo endosarle tal caracterización por el mero hecho de que a diario se invoquencieros artículos de la Carta fundamental, como el 14, el 16, el 20 o el 123, a manera de trampolines o pretextos para lograr la verdadera finalidad perseguida, consistente en provocar un control de legalidad (no de constitucionalidad) respecto de sentencias definitivas recaídas en juicios civiles, laborales o penales. Para explicarse la aparente paradoja, hay que tener en cuenta que el amparo mexicano es un remedio sumamente complejo, mediante el que se atienden exigencias jurídicas que en otras partes se llenan acudiendo a expedientes diversos. En efecto, según opinión que esboza hace años y que luego ha sido desenvuelta con su perfecto dominio de la materia por Héctor Fiz Zamudio, el ilustre amparista mexicano, el amparo, además de haberse hipertrofiado, como también en su época el habeas corpus brasileño (supra, núm.11), asocia tres recursos distintos: el de inconstitucionalidad, muy defectuosamente planteado según el modelo norteamericano; el de amparo de garantías y el de casación, a los que todavía podría agregarse, en un caso especial, una modalidad de recurso de rescisión o audiencia, como se le llama en España, o sea de oposición contumacial. Rasgo común a todos ellos es el de aparecer como un conflicto entre quejoso y autoridad, con la consecuencia de que en el amparo casación la contraparte en el juicio que desembocó en la sentencia definitiva impugnada quede reducida a la condición de tercero. Abstracción hecha de esa nota y de la incumbencia de las tres o de las cuatro variantes a la jurisdicción federal, las divergencias entre ellas son profundas e impiden un cotejo global del amparo mexicano con el mandato de seguridad brasileño, que persigue una finalidad más concreta. Es evidente, en efecto, que ni la mera declaración de inconstitucionalidad, que en Brasil se consigue por otra vía ni tampoco el amparo-casación tienen nada que ver con el mandato de seguridad. Descartada igualmente la perspectiva representada por la hipótesis de oposición contumacial, la conclusión sería la de perspectiva representada por la hipótesis de oposición contumacial, la conclusión sería la de que el parentesco o la coincidencia del mandato de seguridad y el amparo se reduciría a los casos en que éste funciona por violación de garantías cometida por autoridades, o sea el tipo de amparo que, perfectamente deslizado del recurso de inconstitucionalidad, por un lado, y del de casación, por otro, acagió la Constitución española de 1931 (supra, nota 30). Junto a él, las mayores semejanzas del mandato de seguridad son, a mi entender, las que presenta con el recurso por desviación de poder que el Consejo de Estado francés elaboró en el campo Del derecho administrativo. Si a esta circunstancia añadimos que tanto el mandato de seguridad como el amparo de garantías funcionarían de preferencia – no, por supuesto, de manera exclusiva – frente a actos de autoridades gubernativas y administrativas, no creemos que deba vacilarse en colocar aquél en el cuadro o lista de los procesos administrativos, con independencia de que el procedimiento figure luego en uno u otro cuerpo legal (supra, núms. 12-13) o de que incluso se tramite conforme a alguno de los previstos en el enjuiciamiento civil (sumario o incidental, verbigracia). A lo sumo, cabría asignarle naturaleza procesal administrativa con una cierta contaminación constitucional, derivada no de enraizar en la Ley Fundamental (supra, núms. 9 y 12), sino de la posibilidad de utilizarlo frente a actos de autoridad de cualquiera de los poderes del Estado. Tras ello, huelga casi decir que comparto plenamente la posición de los expositores brasileños que enfocan el mandato de seguridad desde el ángulo Del derecho administrativo, así como también la de mi ilustre compatriota el profesor Jesús González Pérez cuando a propósito del amparo mexicano entiende que éste hubo de desbordarse a fin de suplir las deficiencias de una justicia administrativa

Almeida⁹⁹ “a sua criação originou-se de um processo histórico de mudanças significativas do sistema jurídico brasileiro e de evolução da consciência doutrinária no País”.

No Brasil, o mandado de segurança surgiu na Constituição de 1934, como meio idôneo a ensejar a proteção jurisdicional dos direitos vinculados às liberdades contra o arbítrio do Estado, com a seguinte redação¹⁰⁰:

Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito certo e incontestável, ameaçado e 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.

Após, a inserção no texto constitucional editou-se a Lei nº 191 de 16 de janeiro de 1936, com a finalidade de determinar o seu cabimento, uma vez que a Constituição de 34 apenas afirmava que seu rito seria o mesmo do *habeas corpus*.¹⁰¹

Entretanto, a Constituição de 1937, editada no período ditatorial, suprimiu o mandado de segurança, retirando o *writ* da qualidade de ação constitucional. Apesar de ter sido cogitada nesse período a extinção do mandado de segurança, o decreto lei nº 06, de 16 de novembro de 1937 prescreveu: “continua em vigor o remédio do mandado de segurança, nos termos da lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936, exceto, a partir de 10 de novembro de 1937, quanto aos atos do Presidente da República e dos Ministros de Estado, Governo e Interventores”. Observa-se, contudo que houve uma restrição em relação a legitimidade passiva. Nesse mesmo ano, foi editado outro decreto lei, nº 96 de 22 de dezembro de 1937, que limitou ainda mais o alcance do mandado de segurança, ao determinar em seu art. 21 que “contra os atos da administração do Distrito Federal só caberão os recursos judiciais admitidos contra atos da administração federal; excluído o mandado de segurança contra atos do Prefeito, a partir da data da Constituição.” O Código de Processo Civil de 1939 também dispôs sobre o mandado de segurança, classificando entre os processos especiais e atendendo as restrições vigentes.¹⁰²

montada sobre bases inconsistentes y con horizontes limitados.” (ALCALÁ-ZAMOURA Y CASTILLO, Niceto. Estudios de Teoría General e Historia del Proceso. Tomo II. Universidad Nacional Autónoma de México: 1992. p.652-655.)

⁹⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra; CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. Mandado de Segurança. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 33.

¹⁰⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra. Manual das Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 423.

¹⁰¹ FACCI, Lucio Picanço. Evolução Histórica do Mandado de Segurança. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4241>. Acesso em: 25 fev. 2014.

¹⁰² Art. 319. do Código de Processo Civil de 1939: “Dar-se-á mandado de segurança para defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional, ou ilegal. de qualquer autoridade, salvo do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores”.

Com o advento da Constituição de 1946 o mandado de segurança foi restabelecido como garantia constitucional, ampliando seu alcance e eliminando as restrições do tratamento infraconstitucional do período da Constituição de 1937. Assim, foi determinado: “para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.” No período de vigência dessa Constituição foi editada a Lei nº 1533/1951, para regulamentar o mandado de segurança.¹⁰³

Em continuidade, a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 01 de 1969 dispuseram sobre o mandado de segurança: “Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.”

Destaca-se que até esse momento o mandado de segurança era uma garantia constitucional restrita à defesa de direitos individuais. Foi a Constituição da República de 1988 que inovou ao prever em seu art. 5º, LXIX e LXX não só o mandado de segurança individual, como também o coletivo, ao dispor:

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;

Cumprе ressaltar, que a CR/88 não prevê dois mandados de segurança, um individual e outro coletivo. O texto constitucional, na verdade, apenas estendeu a legitimidade aos partidos políticos, entidade de classe, organização sindical e ampliou o seu objeto; não criou uma nova ação.¹⁰⁴ Assim, as regras do mandado de segurança individual devem ser aplicadas, no que for compatível, ao mandado de segurança coletivo.

Em 7 de agosto de 2009 foi promulgada a nova lei do Mandado de Segurança, Lei 12.016, revogando a Lei 1533/51. A nova lei não trouxe muitas alterações como se esperava.

¹⁰³ FACCI, Lucio Picanço. Evolução Histórica do Mandado de Segurança. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4241>. Acesso em: 25 fev. 2014.

¹⁰⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra. Manual das Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 419.

Uma das mais importantes inovações da nova lei foi a regulamentação do mandado de segurança coletivo, porém, limitou-se a regulamentar o assunto em dois artigos (art. 21 e art. 22), não trazendo nenhuma grande novidade em relação ao disposto na CR/88, ao passo que enumerou os mesmos legitimados da Constituição da República e especificou os direitos tuteláveis através do mandado de segurança coletivo: direitos coletivos e individuais homogêneos.

Todavia, nota-se, as disposições da lei 12.016/2009 parecem ter restringido o alcance constitucional do mandado de segurança coletivo, uma vez que limitou a legitimidade do partido político à defesa de seus interesses legítimos de seus integrantes ou à finalidade partidária e não enumerou os direitos difusos entre os direitos tuteláveis por meio da ação mandamental coletiva, o que gerou grande discussão na doutrina, como será abordado em tópico próprio.

O mandado de segurança coletivo é de grande importância no cenário de tutela coletiva dos direitos, notadamente para proteger direitos fundamentais violados ou ameaçados de lesão por ato de autoridade pública. Além disso, seu rito simplificado e célere é um instrumento capaz para propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos transindividuais.

Nos capítulos seguintes analisaremos algumas das principais características do *mandamus* coletivo, com a finalidade de definir quem é parte legítima para impetrar essa espécie de ação coletiva.

3 DIREITOS TUTELADOS PELO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

A tutela coletiva abrange os direitos essencialmente coletivos e os acidentalmente coletivos. Os primeiros incluem os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, uma vez que a defesa desses direitos se faz apenas de forma coletiva. Já os acidentalmente coletivos, referem-se aos direitos individuais homogêneos, em que a defesa poderá ser realizada de maneira coletiva, mas também na modalidade tradicional, quando o próprio interessado defende a parcela de seu interesse de forma individual¹⁰⁵.

Concernente ao Mandado de Segurança coletivo dispõe o art. 21 da Lei 12.016/2009 que este poderá ser impetrado para a defesa de direitos coletivos e individuais homogêneos. Consta-se que o legislador infraconstitucional não fez nenhuma alusão a defesa dos direitos difusos. No entanto, como será estudado em tópico próprio, não há argumentos que sustentam a impossibilidade de impetração de mandado de segurança coletivo para a tutela de direitos difusos, isso porque, como analisa Nelson Nery Júnior, a Constituição da República não especifica qual espécie de direito, seja difuso, coletivo ou individual homogêneo; assim “as normas sobre direitos e garantias fundamentais devem ser interpretadas via expansiva, como é curial: não havendo vedação na Constituição da República, a impetração para defesa de direito difuso é admissível.”¹⁰⁶

A conceituação das espécies de direito, elencadas no parágrafo único do art. 21, não divergem, no geral, dos conceitos do Código de Defesa do Consumidor. Em relação aos direitos coletivos a lei 12.016 reproduziu literalmente o disposto no CDC. Já na definição dos interesses individuais homogêneos, a lei infraconstitucional apresentou pequenas alterações que visam limitar a tutela desta espécie de direito aos associados ou membros do impetrante, abrangendo a totalidade ou parte deles.¹⁰⁷ No que tange aos direitos difusos, apesar de a lei 12.016/2009 não fazer nenhuma referência, entendemos que este deverá ser interpretado com base no conceito do CDC.

É importante registrar ainda que para os direitos coletivos serem tutelados por meio da ação mandamental coletiva é necessário que estes sejam líquidos e certos e não possam ser

¹⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; WANTANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2. p. 70.

¹⁰⁶ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; MARCÃO, Renato; FAVRETO, Rogério; PALHARINI JÚNIOR, Sidney. Comentários à Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 18.

¹⁰⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra; CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. Mandado de Segurança. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 434-435.

protegidos através do *habeas corpus* e *habeas data*.

Verifica-se, então, que o objeto do mandado de segurança coletivo é definido por exclusão, ou seja, onde é cabível *habeas corpus* ou *habeas data* não é possível a impetração do *mandamus*. É importante, pois, estabelecer quais são os direitos tuteláveis por essas duas espécies de ações constitucionais, que faz do mandado de segurança uma ação subsidiária.

O *habeas corpus* é uma medida judicial dedicada a proteção do direito à liberdade de locomoção, conforme define o inciso LXVIII, art. 5º da CR/88 “conceder-se-á “*habeas-corpus*” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.”

Já o *habeas data* é uma ação constitucional utilizada “para garantir o acesso de uma pessoa a informações sobre ela que façam parte de arquivos ou bancos de dados de entidades governamentais ou públicas”¹⁰⁸ e também para pedir a correção de dados incorretos.

Diante disso, observa-se que o direito à liberdade de locomoção e o direito ao conhecimento ou retificação de informações próprias do impetrante, constantes em poder de entidades governamentais ou públicas, não podem ser objeto do mandado de segurança coletivo, cabendo a defesa destes direitos através de *habeas corpus* e *habeas data*, respectivamente.

Assim, definido que os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos são as espécies de direitos que comportam a defesa através da ação de mandado de segurança coletivo, desde que sejam líquidos e certos e tenham sido lesados, ou estejam em iminência de o ser, por ato ilegal ou abusivo de uma autoridade, ressalvadas as hipóteses em que seja possível a propositura de *habeas corpus* e *habeas data*, passamos à análise de cada um desses direitos de natureza transindividual.

3.1 Direitos Difusos

Os direitos difusos são definidos pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 81), como direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Duas características elementares dos direitos difusos podem ser destacadas. A

¹⁰⁸ Conceito extraído do Glossário Jurídico do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=H&id=156>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

primeira, a relativa à titularidade¹⁰⁹. São direitos caracterizados pela alta capacidade de dispersão e pertencem a um número indeterminado de pessoas unidas por uma situação fática qualquer em comum, inexistindo um vínculo jurídico.

Outro ponto nodal dos direitos difusos é a indivisibilidade do objeto. Não é admitido fruição do direito de forma divisível, seja por pessoas, seja por grupos determinados, visto que “não é possível atribuir a cada um dos interessados (...) a parcela que lhes cabe daquele interesse considerado.”¹¹⁰ Assim, os prejuízos de uma eventual reparação dos danos não podem ser individualmente calculados e irá atingir sujeitos indefinidos, já que “não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares”¹¹¹, pois como esclarece Ada Pellegrini Grinover, invocada por Rodolfo de Camargo Mancuso¹¹², o objeto de um direito difuso “é sempre um bem coletivo, insuscetível de divisão, sendo que a satisfação de um interessado implica necessariamente a satisfação de todos, ao mesmo tempo em que a lesão de um indica a lesão de toda a coletividade”.

O exemplo clássico de direitos difusos é o meio ambiente. Isso porque, como indagado por Mauro Cappelletti¹¹³: “a quem pertence o ar que respiro?”. É impossível identificar e determinar quais sejam os sujeitos da coletividade que tenham interesse na conservação de um ar limpo e passível de ser respirado, sem prejuízo à saúde, à fauna, à flora etc.¹¹⁴ Com efeito,

¹⁰⁹ Rodolfo de Camargo Mancuso em relação à indeterminação dos sujeitos pondera: “indeterminação de sujeitos deriva, em boa parte, do fato de não haver vínculo jurídico coalizador dos sujeitos afetados por esses interesses: eles se agregam ocasionalmente, em virtude de certas contingências, como o fato de habitarem certa região, de consumirem certo produto, de viverem numa certa comunidade, por comungarem pretensões semelhantes, por serem afetados pelo mesmo evento originário de obra humana ou da natureza etc.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 95).

¹¹⁰ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela Jurisdicional Coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 68. O autor completa “incindível que é, porque a natureza do interesse/direito não comporta uma divisão entre todos os interessados em cotas reais ou ideais, a defesa somente se opera, somente se verifica, somente se viabiliza, na modalidade coletiva (...)”. E ainda exemplifica: “Pensemos, apenas para exemplificar, na qualidade do ar que se respira numa metrópole como São Paulo. A higidez desse ar interessa a todos. Aliás, quando o legislador reconhece a necessidade de defender o ar que se respira, ele parte de uma presunção absoluta de que a (boa) qualidade do ar a todos interessa: qualquer manifestação em contrário é absolutamente desprezada pelo direito. Poluir o ar dos moradores de um bairro significa poluir o ar de todos os moradores da cidade. Não há, pela própria natureza do interesse/direito que é protegido, como se pensar de forma diversa. Mas, esse mesmo exemplo pode alcançar proporções inimagináveis, porém reais e atuais: o excesso de poluição em uma determinada cidade, somado aos excessos de tantas outras aquece, como um todo, a atmosfera. Ocorrendo esse fenômeno, exemplificando mesmo que na simplória forma acima, ocorrem fenômenos trágicos e correlatos, como aqueles provocados pelo El Niño, decorrente do aquecimento das águas do Oceano Pacífico”.

¹¹¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.36.

¹¹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 94.

¹¹³ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela Jurisdicional Coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 70.

¹¹⁴ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela Jurisdicional Coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 70.

José Marcelo Menezes Vigliar¹¹⁵ pondera que “todos, individualmente, ainda que a intensidade desses interesses não seja a mesma, têm o interesse na manutenção do meio ambiente equilibrado e sadio como fator de sobrevivência”.

Para Rodolfo de Camargos Mancuso¹¹⁶ são quatro os elementos que definem os direitos difusos: a) indeterminação dos interessados, b) indivisibilidade do objeto, c) intensa litigiosidade interna e d) tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço. Remanesce a compreensão dos elementos relacionados nas letras “c” e “d”, uma vez que os demais já foram objetos de estudo.

A respeito da intensa litigiosidade interna Mancuso¹¹⁷ explica que as ações envolvendo interesses difusos “não guardam características dos conflitos tradicionalmente concebidos na fórmula “Tício versus Caio”, nem tampouco se reduzem aos conflitos que contrapõem interesses coletivos já organizados e bem delineados, como os dissídios trabalhistas, mas ao contrário apresentam contornos diversos”.

Isso ocorre porque os interesses difusos “estão soltos, fluidos, desagregados, disseminados entre segmentos sociais mais ou menos extensos; não têm um vínculo jurídico básico, mas exsurtem de aglutinações contingenciais, normalmente contrapostas entre si.” Mancuso¹¹⁸ exemplifica: “a proteção dos recursos florestais conflita com os interesses da indústria madeireira e, por decorrência, com os interesses dos lenhadores à manutenção de seus empregos.”

Quanto ao aspecto da transição ou mutação no tempo e no espaço, já foi destacado que os direitos difusos não apresentam vínculo jurídico; a ligação se dá por circunstâncias de fato, “daí deriva a consequência de eles serem mutáveis como essas situações de fato e, mesmo, podem fornecer e desaparecer, acompanhando o declínio e a extinção daquelas situações.”¹¹⁹ Exemplo disso, ocorre quando “uma comunidade toma conhecimento de que a municipalidade está na iminência de aprovar licença para construção de fábrica notoriamente poluidora;”¹²⁰

¹¹⁵ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Tutela Jurisdicional Coletiva. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 71.

¹¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses Difusos: conceito e legitimação. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 93.

¹¹⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses Difusos: conceito e legitimação. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 101.

¹¹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses Difusos: conceito e legitimação. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 101.

¹¹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses Difusos: conceito e legitimação. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 106.

¹²⁰ Mancuso ainda exemplifica: “uma associação de proteção aos animais recebem denúncia de que certa empresa agroindustrial está em vias de iniciar experiência com inoculação de hormônios no rebanho, com vistas

3.1.1 Da polêmica dos direitos difusos como objeto do Mandado de Segurança Coletivo

A defesa dos interesses difusos não se inclui entre os direitos tuteláveis através do mandado de segurança coletivo (art. 21, parágrafo único da Lei 12.016/2009), porém nada impede a impetração do *mandamus* para sua proteção, visto que o art.5º, LXIX, da CR/88 não faz nenhuma restrição ao alcance do direito tutelado através do Mandado de Segurança Coletivo, seja individual, coletivo ou difuso.¹²¹

Além do que, a ação mandamental é uma garantia constitucional e, por isso, deve ser interpretada de forma ampla. Assim, não havendo vedação na CR/88 sobre qual espécie de direito pode ser tutelado através da referida ação, a defesa de direito difuso é admissível,¹²² até mesmo porque, conforme aponta Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery¹²³, “quando a lei não aponta, não cabe ao intérprete fazê-lo.”

Vejamos, porém, que a doutrina divide o entendimento sobre o assunto.

Primeiramente é importante salientar que a diferenciação fundamental entre o Mandado de Segurança Coletivo e as demais ações coletivas é a impossibilidade de produção de provas no curso da ação, já que se trata da defesa de direitos líquidos e certos.¹²⁴ Nesse contexto, Uadi Lamego Bullos¹²⁵ assevera:

A índole sumária do *writ* coletivo compatibiliza-se com a prova documental, a fim de adequar-se à liquidez e certeza do direito, suscetível de reconhecimento por parte do julgador como algo existente, inconcusso, alheio a qualquer investigação probatória que não seja a produzida, liminarmente, na petição inicial.

Diante do requisito de pré-constituição de provas Uadi Lamego Bullos¹²⁶ entende que é impertinente a utilização do mandado de segurança coletivo para a defesa de interesses ou

a apressar o processo de engorda; uma associação de produtores de agricultura orgânica vem a saber que uma empresa agropecuária está plantando, em área próxima, sementes geneticamente modificadas”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses Difusos: conceito e legitimação. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 107.)

¹²¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1726.

¹²² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1726.

¹²³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1726.

¹²⁴ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; MARCÃO, Renato; FAVRETO, Rogério; PALHARINI JÚNIOR, Sidney. Comentários à Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 231.

¹²⁵ BULLOS, Uadi Lamêgo. Mandado de Segurança Coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 65.

¹²⁶ BULLOS, Uadi Lamêgo. Mandado de Segurança Coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 65.

direitos difusos, uma vez que, para o autor os direitos difusos são “espalhados ‘desorganizados’, muito amplos, fluidos, amorfos, não podendo ser comprovados, documentalmente na petição inicial.”

No que pese a opinião de Uadi Lamêgo, a tutela dos direitos difusos por meio da ação mandamental é “tanto possível como recomendável”¹²⁷.

Verifica-se que a duração de um direito difuso é efêmera, daí, como pondera Mancuso “deve ele ser tutelado prontamente antes que se altere a situação de fato que o originara”¹²⁸. Assim, nada mais eficaz que a utilização do *mandamus* coletivo, já que “trata-se, na verdade, de instrumento específico de tutela coletiva, que se notabiliza por ser dotado de um procedimento mais célere, ágil e simplificado, fortalecendo o princípio constitucional da duração razoável do processo, que também vigora para as ações coletivas”¹²⁹¹³⁰

Além disso, não há limitação constitucional, uma vez que o art. 5º, incisos LXIX e LXX, da CR/88 impõe tão somente que o direito violado seja líquido e certo, ameaçado ou violado por ato ilegal ou abusivo praticados por autoridade pública ou quem lhes faça às vezes, quando não seja amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*¹³¹, não fazendo nenhuma

¹²⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra; CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. Mandado de Segurança. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 437. Os autores ainda explicam: “Não é adequado sustentar abstratamente que as características dos direitos ou interesses difusos impedem que eles sejam objeto de prova pré-constituída no mandado de segurança coletivo, cujo procedimento é documentado. Não cabe essa aferição abstrata para restringir as vias de tutela jurisdicional dos direitos difusos como direitos fundamentais. A análise deverá ser diante do caso concreto. Nada impede, por exemplo, a impetração de mandado de segurança coletivo preventivo, na tutela de direitos ou interesses difusos, para atacar ilícitos, como poderá ocorrer em licenciamentos ambientais ou em decorrência da prática de determinados atos administrativos, em que as circunstâncias fáticas são facilmente aferíveis pelos documentos existentes, sem a necessidade de maiores considerações a respeito da liquidez dos fatos. Portanto, é plenamente possível a prática de ilegalidade ou abuso de poder que sejam danosos ou ameaçadores de lesão a direitos difusos, v. g., ao meio ambiente, o que justificaria a utilização do mandado de segurança, seja porque a matéria possa ser plenamente de direito, seja porque possa ser de direito e de fato, mas exista prova pré-constituída que não deixa dúvida sobre os fatos alegados”.

¹²⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses Difusos: conceito e legitimação. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 107.

¹²⁹ ROQUE, André Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. Aspectos Polêmicos do Mandado de Segurança Coletivo: evolução ou retrocesso? Revista de Processo, v. 203, jan. 2012. p. 39.

¹³⁰ Importante transcrever o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: “O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado para tutela de direitos individuais ou para tutela de direitos coletivos – direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. Impedir a tutela de direitos difusos mediante mandado de segurança coletivo a partir de uma interpretação literal do art. 21 da Lei 12.016, importa inquestionável retrocesso na proteção do direito fundamental à tutela adequada dos direitos. A alusão à tutela coletiva mediante mandado de segurança revela a preocupação constitucional com a dimensão coletiva dos direitos – e com isso dá azo ao reconhecimento da dignidade outorgada pela nossa Constituição aos novos direitos. Com isso, o mandado de segurança desloca-se da esfera de influência do Estado Legislativo – em que sobressai a necessidade de proteção do indivíduo contra o Estado tão somente – e passa a integrar os domínios do Estado Constitucional, sendo veículo adequado também para prestação de tutela aos novos direitos em que a transindividualidade está normalmente presente” (SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 690).

¹³¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 11. ed. São

restrição em relação a quais espécies de direito poderão ser objeto de tutela através da ação mandamental¹³².

Nesse sentido Gregório Assagra de Almeida¹³³ assevera que por se tratar “o mandado de segurança de uma garantia constitucional fundamental o campo de atuação do legislador ordinário é limitado.” Assim, não cabe a ele restringir as disposições da lei 12.016/2009, no tocante à tutela de direitos difusos, se o texto constitucional não o fez. Isso porque, de acordo com Assagra, cabe ao legislador ordinário apenas “o poder para regulamentar o processo e o procedimento do mandado de segurança.”¹³⁴

Outro argumento favorável a proteção dos direitos difusos através do mandado de segurança coletivo é o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor¹³⁵, que compõe o microssistema coletivo¹³⁶ e traz em seu conteúdo o princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum¹³⁷. Referido dispositivo admite a utilização de qualquer espécie de ação capaz de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos difusos, inclusive o Mandado de Segurança Coletivo. Além disso, o artigo supracitado é aplicado a toda espécie de tutela coletiva por força do art. 21 da Lei de Ação Civil Pública: “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.”

Para Leonardo Silva Nunes a aptidão do mandado de segurança coletivo à defesa de direitos difusos se fundamenta em quatro premissas: o mandado de segurança coletivo pertence ao microssistema de tutela jurisdicional coletiva, o princípio da atipicidade das formas gerencia a atuação do microssistema de tutela jurisdicional coletiva, disposto no supracitado art. 83 do CDC; a irrelevância da indeterminação dos eventuais beneficiários pela

Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1726.

¹³² ALMEIDA, Gregório Assagra; CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. Mandado de Segurança. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 437.

¹³³ ALMEIDA, Gregório Assagra; CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. Mandado de Segurança. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 62.

¹³⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra; CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. Mandado de Segurança. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 62.

¹³⁵ Art. 83 do Código de Defesa do Consumidor: “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”.

¹³⁶ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; MARCÃO, Renato; FAVRETO, Rogério; PALHARINI JÚNIOR, Sidney. Comentários à Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 232.

¹³⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra; CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. Mandado de Segurança. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 438.

concessão da ordem e a irrelevância da indivisibilidade de seu objeto material.¹³⁸

A superação do problema fica assente nas palavras de Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogério Favreto¹³⁹: “não havendo necessidade de ampla dilação probatória, não se verifica qualquer óbice legal ou fático a impedir a impetração de mandado de segurança coletivo, ainda que almeje a defesa de direito difuso.”¹⁴⁰

É pertinente consignar que está em processamento no Senado Federal o Projeto de Lei nº 222/2010, de autoria do Senador Valter Pereira, que propõe diversas modificações na Lei do Mandado de Segurança. Dentre as alterações, destaca-se a previsão dos direitos difusos, como espécie de direito a ser protegido por meio do Mandado de Segurança Coletivo.

Não resta dúvida, portanto, que para a defesa do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural, da saúde, dos consumidores e de tantos outros interesses difusos disseminados entre um número indeterminado de sujeitos é possível a utilização do Mandado de segurança Coletivo, desde que haja prova pré-constituída. Como conclui J. J. Gomes Canotilho¹⁴¹ “no caso de dúvida deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”.

A limitação contida no parágrafo único, do art. 21, da Lei 12.016/2009, além de não ter fundamento na Constituição da República, não se conforma com o microssistema processual coletivo, competindo ao judiciário afastá-la, em face de sua inconstitucionalidade.

3.2 Direitos Coletivos

Direitos coletivos são, segundo a Lei 12.016/2009, “direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com

¹³⁸ NUNES, Leonardo Silva. Mandado de Segurança coletivo: tutela de direitos difusos e legitimidade ativa expansiva. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação em direito da Faculdade de Direito da UFMG, 2014. p. 149-157.

¹³⁹ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; MARCÃO, Renato; FAVRETO, Rogério; PALHARINI JÚNIOR, Sidney. Comentários à Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 232.

¹⁴⁰ “Um exemplo ajudará na compreensão da questão. Imagine-se, por exemplo, que uma determinada pessoa consiga, de forma ilegal, licença para demolir uma área que se encontra tombada. Indo mais além, suponha-se ainda que exista uma associação nesta cidade constituída para a defesa de seu patrimônio histórico. Nestas circunstâncias, se a ilegalidade da licença concedida puder ser verificada de plano, não existe justificativa para que não se admita a tutela do direito difuso à proteção do patrimônio histórico da cidade através de um mandado de segurança coletivo”. (ROQUE, André Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. Aspectos Polêmicos do Mandado de Segurança Coletivo: evolução ou retrocesso? Revista de Processo, v. 203, p. 39. jan. 2012.)

¹⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 162.

a parte contrária por uma relação jurídica básica”¹⁴². Verifica-se que esse conceito foi adquirido do Código de Defesa do Consumidor¹⁴³.

Hugo Nigro Mazzilli pondera que “nos interesses coletivos, o que une o grupo é uma relação jurídica básica comum, que deverá ser solucionada de maneira uniforme e indivisível para todos os seus integrantes”¹⁴⁴. O autor ainda nos ensina que para identificar um direito coletivo, é preciso responder se naquela situação concreta “o proveito pretendido em decorrência das lesões é indivisível, mas o grupo é determinável, e o que une o grupo é apenas uma relação jurídica básica comum, que deve ser resolvida de maneira uniforme para todo o grupo? Se sim, então estaremos diante de interesses coletivos”¹⁴⁵

Os direitos coletivos possuem três características básicas. O primeiro aspecto diz respeito aos sujeitos ou titulares, que são indeterminados, porém, determináveis por um grupo, categoria ou classe de pessoas, por exemplo: os estudantes, os metalúrgicos, os contratantes. Outra peculiaridade é o fato de os sujeitos estarem ligados entre si ou com a parte adversa por vínculo jurídico próprio, não sendo possível conceber tratamento diferenciado aos diversos interessados coletivamente. Por último, os direitos coletivos são classificados como indivisíveis, pois não há fruição individual do objeto litigioso, uma vez que o bem jurídico almejado é um só para todos.

Marcelo Abelha salienta que “o grupo, a categoria ou a classe de pessoas estão ligados entre si (relação institucional como uma associação, um sindicato, uma federação, etc.) ou, alternativamente, é possível que esse vínculo jurídico emane da própria relação jurídica existente com a parte contrária.”¹⁴⁶ Nesse ponto, Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior, a título de exemplo, ensinam que na hipótese da relação jurídica base dar-se entre membros de grupos temos os advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, já se a ligação for com a parte contrária, temos o grupo de contribuintes ligados ao ente estatal responsável pela tributação.¹⁴⁷

Outra definição que merece destaque é de autoria de Ricardo de Barros Leonel¹⁴⁸:

¹⁴² Art. 21, I, da Lei 12.016/2009.

¹⁴³ Art. 81, II, Código de Defesa do Consumidor - 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.

¹⁴⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 58.

¹⁴⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59.

¹⁴⁶ ABELHA, Marcelo. Ação Civil Pública e Meio Ambiente. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 40.

¹⁴⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. Bahia: Juspodivm, 2008. p. 76.

¹⁴⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual de Processo Coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 107.

Refletem uma unidade de sentimento e de ação, coordenada à realização de um escopo comum, correspondente a uma pluralidade ou totalidade orgânica formada por vários indivíduos. São inerentes a uma coletividade de pessoas repousando sobre um vínculo definido, como a sociedade comercial, o condomínio, a família, que dão margem ao surgimento de interesses nascidos em função da relação-base que agrega seus componentes, mas não se confundindo com os interesses individuais. Situam-se num plano mais complexo, onde o conjunto de interessados não é facilmente determinável, embora exista a relação-base.

A rigor, a distinção entre o interesse difuso e o interesse coletivo faz-se através da origem, do momento da vinculação dos sujeitos e da abrangência dos titulares.

No direito difuso as pessoas estão ligadas entre si por circunstâncias fáticas¹⁴⁹, o que “significa que basta certo evento acarretar lesão ou ameaça de lesão a um bem indivisível entre indivíduos indetermináveis para que esses se unam, quer queiram ou não, formando uma coletividade (...)”¹⁵⁰. Já no direito coletivo existe uma prévia relação jurídica base¹⁵¹, que nada mais é que o vínculo jurídico intersubjetivo formado pela ocorrência de um fato cujos efeitos são apregoados pela lei.¹⁵²

Já em relação ao momento da vinculação dos sujeitos, pode-se dizer que a relação jurídica base dos direitos coletivos deverá ser formada anteriormente à lesão do direito. E nos direitos difusos a ligação decorre em razão da própria lesão (circunstância fática), não havendo vínculo jurídico anterior ao acontecimento.

Os direitos coletivos também se distinguem dos difusos pela abrangência do grupo. Os titulares dos direitos difusos são indetermináveis, unidos por circunstâncias de fato, à medida que os direitos coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica.¹⁵³

Observa-se, contudo, que os direitos coletivos possuem aspectos semelhantes aos

¹⁴⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra. Direito Material Coletivo: superação da *summa divisio* Direito Público e Direito Privado por uma *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 482.

¹⁵⁰ DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. Curso de Processo Coletivo. São Paulo: Atlas, 2010. p. 47.

¹⁵¹ ALMEIDA, Gregório Assagra. Direito Material Coletivo: superação da *summa divisio* Direito Público e Direito Privado por uma *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 482.

¹⁵² Elton Venturi explica que “Diferentemente do que ocorre com os direitos difusos, quando as pretensões indivisíveis encontram-se dispersas entre indivíduos indeterminados e indetermináveis, na hipótese dos direitos coletivos a existência de relações formais entre seus titulares, ligados não apenas por circunstâncias fáticas, mas por concretas relações jurídico-formais, torna possível a alusão à corporificação de grupos, classes ou categorias, em torno dos quais se concentram pretensões comuns e divisíveis”. (VENTURI, Elton. Processo Civil Coletivo. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 55.)

¹⁵³ MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 56.

direitos difusos. A princípio temos que ambos são indivisíveis. Além disso, existe uma equivalência com relação ao bem jurídico tutelado, uma vez que não é possível satisfazer apenas a pretensão de um dos titulares dos interesses difusos e coletivos, já que a satisfação de um implica necessariamente a satisfação de todos.

Nesse ponto, Rodolfo de Camargo Mancuso assevera que os direitos coletivos possuem, assim como os difusos, certa conflituosidade interna, porém menos intensa e de outra natureza. Nos direitos coletivos a área conflituosa é mais restrita, já que os titulares são determináveis por um grupo, categoria ou classe de pessoas, enquanto “nos interesses difusos a indeterminação dos sujeitos e a mobilidade e fluidez do objeto ampliam ao infinito a área conflituosa.”¹⁵⁴

3.3 Direitos Individuais Homogêneos

Os interesses ou direitos individuais homogêneos são definidos pelo nosso legislador como, nos termos do art. 21, parágrafo único, inc. III, da Lei 12.016/2009, “aqueles decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.”

Embora não sejam coletivos em sua essência os direitos individuais homogêneos são acidentalmente coletivos, considerando sua origem comum.¹⁵⁵ Essa espécie de direitos representam uma ficção jurídica criado pelo legislador brasileiro¹⁵⁶, com o propósito específico de tutelar direitos individuais de forma coletiva.¹⁵⁷ A esse respeito Ricardo de Barros Leonel¹⁵⁸ pondera que “na essência, são interesses individuais e nada impede a demanda atomizada de cada qual dos titulares, com v.g., obtenção de indenização a título pessoal pelos danos sofrido.”

Os direitos individuais homogêneos se caracterizam pela absoluta divisibilidade de seu

¹⁵⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses Difusos: conceito e legitimação. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 106.

¹⁵⁵ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; MARCÃO, Renato; FAVRETO, Rogério; PALHARINI JÚNIOR, Sidney. Comentários à Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 233.

¹⁵⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. Bahia: Juspodivm, 2008. p. 78. Os autores discorrem: “A importância desta categoria é cristalina. Sem sua criação pelo direito positivo nacional não existiria possibilidade de tutela “coletiva” de direitos individuais com natural dimensão coletiva em razão de sua homogeneidade, decorrente da massificação/padronização das relações jurídicas e das lesões daí decorrentes. A ficção jurídica atende a um imperativo do direito, realizar com efetividade a Justiça frente aos reclames da vida contemporânea”.

¹⁵⁷ GIDI, Antônio. Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 20.

¹⁵⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual de Processo Coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 108.

objeto e pela perfeita identificação dos titulares¹⁵⁹, que mesmo que não determinados em um momento inicial são sempre determináveis. Assim, ocorre, por exemplo, no caso de defeitos de fabricação em série de veículos, a lesar individualmente todos os consumidores que tenham adquirido veículos daquela série defeituosamente fabricada.¹⁶⁰

Insta mencionar que os direitos individuais homogêneos “originam-se não de uma idêntica relação jurídica, disciplinada pelo direito, que dê à coletividade determinada feição. Apenas circunstâncias fáticas unem os interessados. Não há, portanto, relação jurídica-base (ou básica) a uni-los.”¹⁶¹ É o que ocorre por exemplo com o direito de adquirentes de um produto viciado no abatimento proporcional do preço pago na aquisição da mercadoria.¹⁶² Importante ressaltar que “não é necessário que o fato se dê em um só lugar ou momento histórico, mas que dele decorra a homogeneidade entre os direitos dos diversos titulares de pretensões individuais.”¹⁶³⁻¹⁶⁴ No exemplo citado, os produtos viciados não precisam necessariamente ser adquiridos no mesmo dia e no mesmo lugar, pode ocorrer um longo espaço de tempo, e em vários lugares, para se verificar um Direito Individual Homogêneo.

Para José Marcelo Menezes Vigliar “os interesses que compartilham os titulares dos interesses individuais homogêneos são divisíveis, cindíveis, passíveis de ser atribuídos a cada qual dos interessados, sem contar que oriundos de uma mesma situação fática e não de relação jurídica base.” Ricardo de Barros Leonel¹⁶⁵ define os direitos difusos como “interesses de grupo, categorias ou classe de pessoas determinadas ou determináveis que compartilhem, v.g.,

¹⁵⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 36.

¹⁶⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Manual do Mandado de Segurança*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 354.

¹⁶¹ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses Individuais Homogêneos e seus Aspectos Polêmicos*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 28.

¹⁶² ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 36.

¹⁶³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. Bahia: Juspodivm, 2008. p. 78.

¹⁶⁴ Nesse sentido Ricardo de Barros Leonel assevera: “A ‘origem comum’ não significa necessariamente uma unidade factual e temporal, uma única conduta no mesmo momento gerando a lesão dos interessados, mas sim a mesma fonte e espécie de conduta ou atividade, ainda que tenha sua ocorrência postergada no tempo em mais de uma ação, v.g., vítimas de publicidade enganosa veiculada por vários órgão de informação em dias subsequentes, num largo espaço de tempo e em vários locais, figurando, na hipótese, como causa dos seus danos a homogeneidade, que torna comum a origem do dano a cada um deles; venda de vários veículos produzidos por uma empresa ou montadora contendo defeito em série que ocasiona danos similares aos adquirentes; adquirentes de determinado medicamento que apresenta a mesma falha de produção, danosa à saúde dos respectivos usuários; investidores da bolsa de valores que sofreram lesão em virtude de cobrança de taxa indevida na aquisição de ações de certa empresa; consumidores de cigarro que venham a desenvolver patologia em função de um componente indevidamente inserido na fórmula em certo lote. Cabível, enfim, imaginar sua implementação até mesmo em outras áreas onde não se recorda, usualmente de sua existência, como em matéria trabalhista. (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 109).

¹⁶⁵ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela Jurisdicional Coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 108.

prejuízos divisíveis surgidos numa origem comum.” Por sua vez, Aloísio Gonçalves de Castro Mendes pondera que para “serem qualificados como homogêneos precisam envolver uma pluralidade de pessoas e decorrer de origem comum.”¹⁶⁶

É importante, ainda, fazer um paralelo entre os direitos difusos e coletivos com os direitos individuais homogêneos e estabelecer os aspectos similares e distintos dos direitos de natureza transindividual.

Os direitos difusos e os coletivos têm como objeto bem indivisível, enquanto nos direitos individuais homogêneos os bens a serem tutelados são divisíveis. Além disso, nos direitos difusos os titulares são indetermináveis. Já nos Coletivos e Individuais Homogêneos os titulares, mesmo que a princípio indeterminados, são determináveis. E, ainda, os difusos e individuais homogêneos se originam de circunstâncias de fato, não há relação jurídica base, enquanto os coletivos nascem de uma relação jurídica base.

Em que pese a definição legal e todo estudo doutrinário, na prática pode haver confusão para determinar os direitos coletivos *lato sensu* e individuais homogêneos, tendo em vista os pontos semelhantes.

Ricardo de Barros Leonel, a fim de criar uma solução para essas dúvidas pondera sobre a necessidade de serem considerados alguns critérios “o da expansão do sujeito (maior ou menor número de lesado), o da extensão do objeto (mais ou menos abrangente) e, finalmente o do pedido formulado na demanda.”¹⁶⁷

Infere-se, contudo, a importância das ações coletivas sobre direitos individuais homogêneos, uma vez que garantem o adequado acesso à justiça, principalmente para conflitos em que o valor irrisório do benefício pretendido significa manifesto desestímulo para a formulação da demanda¹⁶⁸; evitam a proliferação de numerosas demandas individuais, “molecularizando” a solução do conflito¹⁶⁹, o que corrobora com a uniformização das decisões, que estariam designadas a julgamentos contraditórios, se apreciadas de modo singular¹⁷⁰, e conferem efetividade à garantia constitucional da isonomia de todos perante a lei; representam a celeridade da prestação jurisdicional, pois descarregam o judiciário, “para

¹⁶⁶ MENDES, Aloísio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 220.

¹⁶⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual de Processo Coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 111.

¹⁶⁸ MENDES, Aloísio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 221.

¹⁶⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. Bahia: Juspodivm, 2008. p. 81.

¹⁷⁰ MENDES, Aloísio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 221.

que este possa cumprir em tempo hábil as suas funções”¹⁷¹.

¹⁷¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 221.

4 CONDIÇÕES DA AÇÃO

A ação é um instituto fundamental ao exercício da tutela jurisdicional individual ou coletiva, indispensável à concretização das garantias dos indivíduos.

A fim de definir um conceito para ação surgirão ao longo da história diversas teorias. Algumas, como a teoria imanentista, a teoria do direito concreto da ação e a teoria do direito potestativo de agir estão superadas e só possuem valor histórico, em que pese a existência de outras com interesse atual. A teoria adotada pelo Código de Processo Civil foi a Teoria Eclética da ação, entretanto existem doutrinadores que defendem a teoria do direito abstrato de ação e a teoria da asserção.¹⁷²

Passa-se à análise das teorias mais importantes para o estudo e compreensão da matéria, uma vez que concepções existentes sobre a ação não faltam.

A primeira teoria que merece destaque é a teoria civilista ou imanentista da ação. Nessa teoria o direito de ação é apontado como o próprio direito material, reagindo a uma ilegalidade ou a uma ameaça.¹⁷³ Assim, não havia direito de ação sem existir o direito material. Nessa acepção, Alexandre Freitas Câmara¹⁷⁴ ensina que “essa teoria é reflexo de uma época em que não se considerava ainda o Direito Processual como ciência autônoma, sendo o processo civil mero “apêndice” do direito Civil”.

Destaca-se que a teoria civilista surgiu à época do Estado Liberal, em que o indivíduo era “compreendido como o cidadão “sem rosto”, como ser abstrato e não como uma pessoa de carne e osso”¹⁷⁵. Além disso, os direitos fundamentais “eram vistos apenas como direitos de liberdade e de defesa”¹⁷⁶, em outras palavras, referiam-se aos limites de intervenção do Estado na liberdade individual, caracterizando-se como uma atitude negativa por parte do Estado. Destarte, a ação era um instrumento de defesa de direitos fundamentais apenas se estes objetivassem a defesa do direito de liberdade do autor contra o Estado.¹⁷⁷

¹⁷² CÂMARA, Alexandre de Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1. p. 119-124.

¹⁷³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 87.

¹⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 198.

¹⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 197.

¹⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 197.

¹⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 198.

A teoria civilista começou a ser superada, em meados do século XIX, com a famosa polêmica entre Windscheid e Muther¹⁷⁸, dois juristas alemães, que após um estudo sobre o instituto da ação concluem que o direito de ação e o direito material são distintos, sendo este um direito à prestação jurisdicional¹⁷⁹.

No final do século XIX foi reconhecida a autonomia do direito de ação perante o direito material. Todavia, como pondera Marinoni “aceitou-se a idéia de que o cidadão tinha um direito de ação contra o Estado, mas nesse momento ainda não se admitia que dos direitos fundamentais decorriam direitos a prestações.”¹⁸⁰

Surge então a Teoria concreta da ação ou teoria do direito concreto de agir. Esta teoria, elaborada por Adolf Wach¹⁸¹, foi a primeira a defender a autonomia do direito de ação, distinto do direito material. Entretanto, apesar do progresso, se comparada à teoria imanentista, a teoria concreta afirmava que o direito de ação só existiria se o direito material existisse¹⁸². Logo confere-se a autonomia do direito de ação, mas não a independência¹⁸³. Câmara¹⁸⁴ pondera que para a teoria concreta “a ação só existia naqueles casos em que o resultado final do processo fosse favorável ao autor, pois apenas nos casos em que se reconhecesse a existência do direito material se reconheceria a existência do direito de ação.”, ou seja, a ação seria o direito de se obter em juízo uma sentença favorável¹⁸⁵.

Afastada a teoria concretista, surge a teoria do direito potestativo de agir, concebida

¹⁷⁸ CÂMARA, Alexandre de Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1. p. 120. Câmara explica: “O Jurista alemão Bernard Windscheid publicou um ensaio sobre o instituto da *actio* no direito romano, defendendo ali que tal conceito não correspondia ao moderno conceito de ação, mas sim ao de pretensão (*Anspruch*). Outro notável estudioso do Direito Romano, também alemão Theodoro Muther, respondeu às afirmações de Windscheid, em ensaio onde afirmou a coincidência entre os conceitos romano da *actio* e moderno de ação. Windscheid publicou ainda um outro trabalho, verdadeira réplica as afirmações de Muther, onde, aceitando embora muitas das afirmações daquele jurista reiterou sua teoria básica: a de que *actio* e ação seriam conceitos inconfundíveis. Dessa polêmica surgiu a noção de que o direito material e o direito de ação seriam distintos, este último devendo ser entendido como um direito à prestação jurisdicional”.

¹⁷⁹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1. p. 120.

¹⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 198.

¹⁸¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 88.

¹⁸² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 88.

¹⁸³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 88.

¹⁸⁴ CÂMARA, Alexandre de Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1. p. 121.

¹⁸⁵ Celso Agrícola Barbi pondera: “A essa teoria, objetou-se que não explica os casos em que o autor perde a causa, pois ficaria sem justificção qual o poder que permitiu ao autor movimentar a máquina estatal, uma vez que ele não tinha o direito de ação”. (BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. I. p. 18)

por Giuseppe Chiovenda. Para esta teoria, a ação seria um direito potestativo. Direito potestativo trata-se de uma espécie de direito em que não há controvérsias, não há discussão, mas tão somente uma situação de sujeição da parte contrária na relação jurídica. É o que ocorre no caso do mandante revogar o mandato: ele tem direito de o fazer a qualquer tempo e o mandatário terá apenas que se submeter a este direito do mandante¹⁸⁶. Em suma, Alexandre Freitas Câmara aclara que “para a teoria do direito potestativo de agir, a ação seria um direito voltado contra o réu, em face de quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei, não tendo o demandado nenhuma obrigação diante desse poder; simplesmente estar-lhe ia sujeito.”

Constata-se que a teoria do direito potestativo de agir também tem natureza concreta, dado que só existiria o direito de ação quando presente também o direito material. Insta salientar que assim não haveria explicação para a hipótese de uma ação improcedente, em que o juiz teria prestado indubitavelmente jurisdição, proferindo uma sentença de mérito, porém não protegendo o direito subjetivo de quem exercera a ação.¹⁸⁷

Com “o desaparecimento do estado liberal clássico e o surgimento dos Estados Sociais”¹⁸⁸ – surge uma nova dimensão dos direitos fundamentais em que o Estado assume uma postura positiva, na qual deve satisfazer as necessidades sociais do cidadão e a ação passa a ter valor como direito fundamental de defesa, independente do direito material.¹⁸⁹ Luiz Guilherme Marinoni exalta que “a possibilidade de se exigirem judicialmente prestações constitutivas de direitos sociais mediante a chamada ação coletiva confere à ação a característica de meio a serviço da realização desses direitos e de instrumento capaz de fomentar a participação na sua reivindicação.”¹⁹⁰

Diante desse novo cenário surge a teoria abstrata ou teoria do direito abstrato da ação criada por Heinrich Degenkolb e Alexander Plósz, que mantém a autonomia entre o direito de ação e o direito material e acrescenta que esses direitos são independentes, logo é possível existir um e não existir o outro¹⁹¹.

¹⁸⁶ CÂMARA, Alexandre de Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1. p. 121-122.

¹⁸⁷ CÂMARA, Alexandre de Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1. p. 122.

¹⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 198.

¹⁸⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra. Direito Material Coletivo: superação da *summa divisio* Direito Público e Direito Privado por uma *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 167-168.

¹⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 200.

¹⁹¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 89.

Agora a ação passa a ser vista como um direito abstrato de agir em juízo¹⁹² que “não depende da efetiva existência do direito material da parte que provoca a atuação do Poder Judiciário”.¹⁹³ Dessa maneira, como explica Humberto Theodoro Júnior, “mesmo quando a sentença nega a procedência do pedido do autor, não deixa de ter havido ação e composição da lide”¹⁹⁴; em outras palavras: “tanto tem ação o autor da demanda infundada, como o de demanda procedente.”¹⁹⁵

Daniel Amorim de Assumpção Neves ressalta que o termo “carência de ação” não existe para os adeptos dessa teoria: eles rejeitam a existência das condições da ação existentes no nosso ordenamento jurídico. A ausência de possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade são consideradas matéria de mérito, de modo que quando ausentes as chamadas condições da ação, ocorrerá uma sentença de improcedência, que julgará improcedente o mérito e após o trânsito em julgado essa ação estará protegida pela coisa julgada, impedindo a repropositura da demanda.¹⁹⁶

A teoria consagrada pelo nosso ordenamento jurídico, criada por Liebman¹⁹⁷, é a Teoria Eclética, ao prever expressamente no art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil que ação será extinta sem apreciação do mérito; se ausentes as condições da ação, não produzindo coisa julgada material. E, ainda, ao dispor no artigo 3º do Código de processo Civil que “para propor ou contestar ação, é necessário ter interesse e legitimidade.”

Para a Teoria Eclética o direito de ação é independente e autônomo do direito material. Entretanto, o direito de ação possui limites e o julgamento de mérito ocorrerá somente quando estiverem presentes alguns requisitos, denominados de condições da ação, que não se confundem com o próprio mérito. Além disso, a ausência dessas condições conduz a uma sentença de carência de ação, em que não há análise do mérito¹⁹⁸. Nesse ponto, Celso

¹⁹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1. p. 60.

¹⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1. p. 60.

¹⁹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1. p. 60.

¹⁹⁵ BARBI, Celso Agrícola. Do Mandado de Segurança. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 19.

¹⁹⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 89-90.

¹⁹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 90.

¹⁹⁸ “a ação constitui apenas direito ao julgamento do mérito e, portanto, é satisfeita com uma sentença favorável ou desfavorável ao autor. O que importa, para a configuração da ação, é a presença das suas condições, a princípio delineadas por Liebman como legitimação para agir e possibilidade jurídica do pedido, e posteriormente por ele reduzidas apenas à legitimidade para agir e ao interesse”. (MARINONI. Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 179.)

Agrícola Barbi¹⁹⁹ esclarece que “a ação pode existir mesmo quando o autor não tiver o direito que pleiteia, mas só existirá se o autor preencher determinadas condições que permitam ao juiz julgar o mérito da causa.”

Registre-se que o STJ²⁰⁰ já teve oportunidade de afirmar que o sistema processual brasileiro adora a teoria eclética da ação: “De acordo com a teoria eclética da ação, adotada pelo nosso ordenamento processualista é necessária, em regra, a afirmação de lesão a um direito para o exercício do direito de ação.”

Em tempos mais recentes foi desenvolvida na doutrina a teoria da asserção. Para essa teoria as condições da ação devem ser analisadas com base apenas no que foi afirmado pela parte na inicial, não há que se falar em produção de provas para análise das condições da ação. Assim, o juiz aceita provisoriamente o que foi afirmado pela parte na inicial, sendo que a análise sobre a veracidade ou não dos fatos é considerada matéria de mérito.²⁰¹

É interessante consignar que o STJ já reconheceu a teoria da asserção em sede de Recurso Especial: “Aplica-se à hipótese, ainda, a teoria da asserção, segundo a qual, se o juiz realizar cognição profunda sobre as alegações contidas na petição, após esgotados os meios probatórios, terá, na verdade, proferido juízo sobre o mérito da questão.”²⁰²

Salienta-se, contudo, crítica à teoria da asserção apontada por Daniel de Assumpção Neves²⁰³, no sentido de que é impossível “modificar a natureza de um instituto jurídico tomando por base a diferente carga cognitiva ou o momento em que um pronunciamento é proferido.” Assim, uma condição da ação é sempre uma condição da ação, sendo irrelevante se foi percebida pelo juiz no momento da propositura da ação ou somente após a cognição completa do caso. Como conclui Neves²⁰⁴, se assim fosse, “bastaria ao autor mentir em sua petição inicial para adaptá-la às exigências das condições da ação para merecer o julgamento de mérito.” Resta, assim, afastada a teoria da asserção do direito brasileiro.

O direito de ação assume atualmente valor como direito fundamental de defesa e

¹⁹⁹ BARBI, Celso Agrícola. Do Mandado de Segurança. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 19.

²⁰⁰ AgRg no AREsp 152247/PE - Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial - 2012/0055521-5 - Relator(a) Ministro Humberto Martins (1130) - Relator(a) p/ Acórdão - Ministro Herman Benjamin - Órgão Julgador - T2 - SEGUNDA TURMA - Data do Julgamento 17/05/2012 - Data da Publicação/Fonte - DJe 08/02/2013.

²⁰¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. p. 92.

²⁰² REsp 832370 / MG - RECURSO ESPECIAL: 2006/0060802-1 - Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) - Órgão Julgador - T3 - TERCEIRA TURMA - Data do Julgamento: 02/08/2007 - Data da Publicação/Fonte: DJ 13/08/2007.

²⁰³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 92.

²⁰⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 92-93.

possibilita o amparo de todas as espécies de direitos até mesmo a proteção da “multifuncionalidade dos direitos fundamentais”²⁰⁵, já que viabiliza a tutela dos direitos de liberdade ameaçados ou lesados pelo Estado (mandado de segurança), a efetividade dos direitos fundamentais sociais (direito à saúde) e a participação na defesa dos direitos fundamentais (ação popular e ação coletiva).²⁰⁶ Diante disso, como destaca Luiz Guilherme Marinoni o direito de ação pode “ser dito o mais fundamental de todos os direitos, já que imprescindível à efetiva concreção de todos eles”.

Em síntese, o Sistema Processual Brasileiro adota a teoria eclética da ação. Assim, para a concessão do provimento jurisdicional pleiteado, é necessário verificar a presença das condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade das partes.

Acentua-se que as condições da ação do processo individual são as mesmas do processo coletivo. Atenta-se ainda que algumas ações possuem condições específicas para o exercício da tutela jurisdicional, como por exemplo: no mandado de segurança individual ou coletivo é exigida também como condição da ação a liquidez e a certeza do direito, que será abordada em tópico próprio.

Isto posto, destaca-se que as condições da ação podem ser analisadas a qualquer tempo, não estando sujeitas à preclusão²⁰⁷ e são imprescindíveis para a existência da ação e apreciação do mérito. No mais, a ausência de qualquer das condições implica a carência da ação e a extinção do processo sem resolução do mérito.

Abordaremos nos próximos tópicos os conceitos tradicionais das condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade para agir, para em seguida, observar a adaptação de cada uma dessas condições ao mandado de segurança coletivo.

4.1 Possibilidade jurídica do pedido

O pedido é juridicamente possível quando não é vedado pelo ordenamento jurídico, ou

²⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 210.

²⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 210.

²⁰⁷ Art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil: “O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento”.

seja, ninguém pode invocar a tutela jurisdicional formulando pedido não admitido em lei.²⁰⁸ Deve-se, então, analisar a adequação do pedido ao direito material que corresponde à pretensão do autor.²⁰⁹ Assim, presente vedação legal ao pedido formulado inicialmente, este é juridicamente impossível.²¹⁰

Segundo Humberto Theodoro Júnior, a possibilidade jurídica do pedido indica “a exigência de que deve existir, abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação.”²¹¹ Vicente Greco Filho, pondera que “a possibilidade jurídica do pedido consiste na formulação de pretensão que, em tese, exista na ordem jurídica como possível, ou seja, que a ordem jurídica brasileira preveja a providência pretendida pelo interessado”.²¹²

Vale mencionar que, para a apreciação da possibilidade jurídica do pedido deve-se associar o pedido à causa de pedir, já que o pedido pode ser lícito, porém a causa de pedir proibida pelo direito. Diante da ilicitude de um dos dois elementos, o pedido será impossível²¹³. Em outras palavras, não só o pedido, mas também seu fundamento deve se pautar no ordenamento jurídico.²¹⁴ A respeito Nelson Nery Júnior esclarece “deve-se entender-se o termo “pedido” não em seu sentido estrito de mérito, pretensão, mas conjugado com a causa de pedir. Assim embora o pedido de cobrança, estritamente considerado, seja admissível pela lei brasileira, não o será se tiver como *causa pretendi* dívida de jogo.”²¹⁵

A análise da possibilidade jurídica do pedido evita desenvolver uma demanda inviável, cuja finalidade não é permitida pelo sistema normativo. Assim, na hipótese de pedidos juridicamente impossíveis, o juiz deverá julgar extinto o processo sem apreciar o mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do CPC, visto que se trata de carência de ação.

²⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1. p. 63.

²⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1. p. 63.

²¹⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 94.

²¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1. p. 63.

²¹² GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 84.

²¹³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1. p. 134.

²¹⁴ CÂMARA, Alexandre de Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1. p. 134.

²¹⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 527.

4.1.1 Possibilidade jurídica no mandado de segurança coletivo

No mandado de segurança coletivo, para que o pedido seja juridicamente possível exige-se um ato de uma autoridade que configure lesão ou ameaça a um direito que pertence a uma coletividade determinada ou não.

Assim, em um primeiro momento, é necessário observar se o direito objeto da ação mandamental de natureza coletiva realmente configura como direito difuso, ou coletivo, ou individual homogêneo.

Ada Pellegrini Grinover²¹⁶, a respeito dos direitos individuais homogêneos, ensina com excelência, que para analisar do ponto de vista prático, se os direitos individuais são realmente homogêneos, ou não, deve-se aplicar o critério utilizado nas *class actions* norte-americanas da “prevalência da dimensão coletiva sobre a individual”.

Segundo Grinover, na hipótese de os aspectos coletivos não prevalecerem sobre as questões individuais, os direitos seriam heterogêneos. Assim, por não se tratar de direitos homogêneos, não seria possível a tutela coletiva desses direitos e o pedido seria juridicamente impossível.²¹⁷

Da mesma forma, para verificar a existência de um direito difuso, deve-se observar se aquele direito é de natureza indivisível, se os titulares são pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Ao passo que, para análise dos direitos coletivos para fim de mandado de segurança coletivo, é necessário conferir a natureza indivisível do direito e se a titularidade é definida por grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica.

Vale mencionar, a título de exemplo, a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais²¹⁸, em reexame necessário e apelação cível interposta pelo Município de Itabira, em face de sentença em mandado de segurança coletivo impetrado pelo SINTSEPMI, que rejeitou a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. De acordo, com o impetrado o pedido não

²¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; WANTANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2. p. 133.

²¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; WANTANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2. p. 133. Ada Pellegrini ainda acrescenta: “Como é sabido, a possibilidade jurídica caracteriza-se pela previsão, no ordenamento, da tutela jurisdicional para o pedido que se formula. Se se entender que a tutela jurisdicional dos direitos individuais, a título coletivo, está circunscrita, no sistema brasileiro, aos direitos homogêneos, a falta dessa característica levará à inadmissibilidade da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos. Sendo os direitos heterogêneos, haveria impossibilidade jurídica do pedido de tutela coletiva”.

²¹⁸ TJMG. Número do 1.0317.10.003561-5/001. Relator: Des.(a) Brandão Teixeira. Data do Julgamento: 27/11/2012. Data da Publicação: 07/12/2012.

seria possível porque o objeto do mandado de segurança coletivo em discussão tratava-se de uma omissão. Entretanto, como observado pelo juiz *a quo* e afirmado pelo Tribunal, o pedido é possível nessa hipótese uma vez que a omissão da autoridade possui previsão abstrata. Vejamos:

1ª - Impossibilidade jurídica do pedido. O Juízo *a quo* afastou a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido sob o fundamento de que “o mandado de segurança coletivo contra ato omissivo de autoridade encontra previsão abstrata no ordenamento brasileiro, razão pela qual rejeito a preliminar” (f. 61). Com razão o Juízo *a quo*. A possibilidade jurídica do pedido na seara pública liga-se à possibilidade de se pedir, em abstrato, aquilo que não for tacitamente ou expressamente proibido de se pleitear em juízo. Nesse sentido a CF/88, em seu art. 5º, XXXIII, prevê o direito de todos a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse da coletividade. Rejeita-se a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

Impossível, contudo, definir todas as hipóteses em que o pedido no mandado de segurança coletivo será impossível. Faz-se necessário, então, analisar cada caso concreto, com base no ordenamento jurídico, a possibilidade jurídica do pedido no *writ* coletivo.

4.2 Interesse Processual

O interesse processual, também chamado de interesse de agir, alicerça-se no pressuposto que, ao acionar o Poder Judiciário, deve-se extrair algum resultado útil e que assegure uma melhoria na situação fática pretendida. Diante disso a prestação da tutela jurisdicional deve se fundamentar na necessidade de atingir a tutela reclamada e na adequação entre o pedido e a proteção jurisdicional que se pretende obter.²¹⁹

O interesse processual configura-se quando a parte tem necessidade de invocar o judiciário para resolver o litígio existente, ou seja, o direito deve ter sido ameaçado ou efetivamente violado²²⁰. Além da necessidade, deve ser verificada a adequação, intimamente ligada à utilidade prática, que significa que na hipótese de o “autor mover a ação errada ou utilizar-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta a inexistência de interesse processual”.²²¹⁻²²²⁻²²³

²¹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 96.

²²⁰ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 504.

²²¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 11. ed. São

Por conseguinte, a medida judicial invocada deverá condizer com a situação concreta pleiteada, de modo que o pedido formulado ao juiz seja adequado, razoável e viável para satisfação do interesse contrariado.

Na concepção de Vicente Greco Filho²²⁴, “o interesse processual é, portanto, a necessidade de se socorrer ao Judiciário para a obtenção do resultado pretendido.” Ao mesmo tempo, de acordo com o autor, é uma relação de adequação, “porque é inútil a provocação da tutela jurisdicional se ela, em tese, não for apta a produzir a correção da lesão arguida na inicial”.

Ainda de acordo com as lições de Greco Filho²²⁵:

A doutrina dominante é no sentido de que o Código exige, quanto ao interesse, também a utilidade, ou seja, o Código, em princípio, somente admite a provocação do Judiciário quando o autor tiver a necessidade de obter o provimento jurisdicional e, também, quando esse provimento lhe puder trazer utilidade prática.

Cumprе destacar a lição de Daniel Amorim Assumpção Neves²²⁶ no sentido de que em um primeiro momento “o juiz deve analisar em abstrato e hipoteticamente se o autor, sagrando-se vitorioso, terá efetivamente a melhora que pretendeu obter com o pedido de concessão de tutela jurisdicional que formulou por meio do processo.” Assim, inicialmente, não se deve analisar se o autor tem verdadeiramente razão no direito pleiteado, tornando-se vitorioso, já que a análise do resultado é matéria de mérito, não pertinente às condições da

Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 504.

²²² Nelson Nery Júnior exemplifica: “Se a parte possui, a seu favor, cheque com eficácia executiva, deverá promover sua cobrança pela via da ação de execução. Ao revés, se ajuizar a ação de cobrança pelo rito comum, de conhecimento, portanto, não terá preenchido a condição da ação interesse processual, devendo o magistrado extinguir o processo sem julgamento do mérito. Isto porque, com a ação de conhecimento, poderia obter sentença condenatória (título executivo judicial, CPC 475-N, I), que lhe será inútil, pois já possui título executivo extrajudicial (CPC 585, I) com a mesma força e eficácia da sentença condenatória”. (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 504.)

²²³ Assumpção Neves, com a finalidade de aclarar o assunto, também exemplifica: “Narrando-se um esbulho possessório, não é adequado o pedido reivindicatório porque, mesmo que o autor realmente seja o proprietário da área invadida, esse reconhecimento não será capaz de afastar o esbulho cometido, para o que deveria ter sido pedido uma tutela possessória e não petítoria. Na realidade, não sendo adequada a pretensão formulada para resolver a lide narrada na petição inicial, a tutela pretendida é inútil, faltando interesse de agir ao autor”. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 96.)

²²⁴ GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 81.

²²⁵ GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 81.

²²⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 96.

ação, e não configura falta de interesse de agir²²⁷.

Enfim, o interesse de agir existe diante da associação de duas premissas: utilidade e necessidade do processo. Assim, verificada a ausência desses atributos, a tutela jurisdicional será impossível por carência das condições da ação e o juiz julgará extinto o processo nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Definidas as características do interesse de agir, passamos à análise dessa condição da ação no mandado de segurança coletivo.

4.2.1 Do interesse processual no Mandado de Segurança Coletivo

Ao provocar o judiciário através do mandado de segurança coletivo, acredita-se que a proteção ao direito transindividual somente será obtida com o ajuizamento da demanda. Assim, o poder judiciário é chamado a intervir para solucionar uma questão referente a direito de uma pluralidade de titulares, o que exige uma intervenção estatal pronta e efetiva.

O interesse processual no caso específico do mandado de segurança, individual ou coletivo, deve ser analisado com base nas restrições impostas no art. 5º da Lei 12.016/2009.²²⁸ O dispositivo legal trata de situações em que não se concederá mandado de segurança, por falta de interesse de agir por parte do impetrante.²²⁹

Art. 5º - Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:
I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;
II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;
III - de decisão judicial transitada em julgado.

No primeiro inciso, a impetração do mandado de segurança foi limitada pelo prévio esgotamento das vias administrativas, desde que o recurso administrativo tenha efeito suspensivo e o ato considerado ilegal não produza seus efeitos, evitando danos ao direito do interessado.²³⁰

²²⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 96.

²²⁸ BARBI, Celso Agrícola. Do Mandado de Segurança. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 73.

²²⁹ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; MARCÃO, Renato; FAVRETO, Rogério; PALHARINI JÚNIOR, Sidney. Comentários à Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 77.

²³⁰ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; MARCÃO, Renato; FAVRETO, Rogério; PALHARINI JÚNIOR, Sidney. Comentários à Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 78.

Como bem analisa Alexandre de Freitas Câmara²³¹: “interposto o recurso administrativo e recebido este com efeito suspensivo, o ato administrativo não será capaz de produzir efeitos e, portanto, não haverá qualquer utilidade na impetração imediata do mandado de segurança.” O Supremo Tribunal Federal, pronunciou-se expressamente nesse sentido em acórdão assim ementado:²³²

Agravo Regimental. Mandado de Segurança. Ato administrativo contra o qual foi interposto recurso com efeito suspensivo. 1. Nos termos do art. 5º, I, da Lei nº 12.016/09, não cabe mandado de segurança contra ato administrativo do qual caiba recurso com efeito suspensivo. 2. Agravo regimental desprovido.

Sublinha-se que o referido inciso ainda dispõe que a vedação da impetração do mandado de segurança na hipótese de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, não depende de caução. Observa-se, porém, que essa parte final do inciso que fala em “independentemente de caução” é irrelevante, já que conforme a súmula vinculante nº 21 do STF “é inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévio de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”. Assim, como aponta Câmara²³³, “a concessão de efeito suspensivo ao recurso administrativo não estará, jamais, condicionada à prestação de qualquer tipo de caução.”

Entretanto, para a maior parte da doutrina essa medida imposta pelo inciso I do artigo 5º da Lei 12.016/2009 não é absoluta.²³⁴ Primeiramente não se aplica esse dispositivo quando se tratar de ato omissivo da administração, entendimento já pacificado pela súmula 429 do Supremo Tribunal Federal: “a existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade.” No mais, a parte não fica submetida a exaurir a esfera administrativa; pode desde o início acionar o judiciário se

²³¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do Mandado de Segurança. São Paulo: Atlas, 2013. p. 108.

²³² STF, AG.Reg. em Mandado de Segurança 32.530 Distrito Federal, Rel. Min. Roberto Barroso, data do julgamento 26/11/2013.

²³³ CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do Mandado de Segurança. São Paulo: Atlas, 2013. p. 109.

²³⁴ Nesse sentido, Gregório Assagra de Almeida, Mirna Cianci e Rita Quartieri: “não há a necessidade de exaurimento prévio da via administrativa para a impetração do Mandado de Segurança. Assim, mesmo que o ato administrativo seja passível de recurso com efeito suspensivo, independentemente de caução, o interessado não é obrigado a recorrer administrativamente e aguardar a decisão final para depois comparecer em juízo para impetrar o mandado de segurança. Poderá o interessado deixar de recorrer nas vias administrativas para impetrar o mandado de segurança. Esse entendimento tem amparo no art. 5º, XXXV, da CF, que estabelece expressamente: ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’”. (ALMEIDA, Gregório Assagra; CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. Mandado de Segurança. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 137.)

assim preferir²³⁵⁻²³⁶. O que é importante nesse ponto é a renúncia ao recurso administrativo, interposto ou não.²³⁷⁻²³⁸⁻²³⁹

Logo, o que se extrai do inciso I do art. 5º, da lei 12.016/2009 é que não há necessidade do impetrante exaurir a via administrativa para impetração do mandado de segurança. O que deve ser observado é a renúncia ao recurso administrativo, ou seja, não é possível a impetração do mandado de segurança ao mesmo tempo em que já existe em curso um recurso administrativo, recebido com efeito suspensivo. Isso porque, o efeito suspensivo não permite que ato ilegal ou abusivo produza efeitos práticos.

Outra hipótese em que não será concedido mandado de segurança, por ausência de interesse processual, trata-se da “decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo”.

A grande diferença dessa situação em relação à anterior é que aqui o ato impugnado é judicial. Importante observar que no sistema processual brasileiro nem sempre a lei determina o efeito suspensivo, sendo necessário em alguns casos a apreciação do judiciário. Assim, segundo lição de Alexandre de Freitas Câmara²⁴⁰, mesmo nessas hipóteses em que a lei não é expressa a respeito do efeito suspensivo, o simples fato de ser possível a atribuição desse efeito ao recurso já é capaz de impossibilitar a impetração do mandado de segurança.

²³⁵ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; MARCÃO, Renato; FAVRETO, Rogério; PALHARINI JÚNIOR, Sidney. Comentários à Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 79.

²³⁶ Adepto da posição de que a esfera administrativa não precisa ser esgotada, J. E. Carreira Alvim ensina: “se o recurso administrativo obstaculizasse, *tout court*, o ingresso do administrativo em juízo, pelo fato de ter efeito suspensivo, ter-se-ia aberto à Administração Pública um enorme fosso, para obstaculizar a via judicial, pois lhe bastaria prever um sistema recursal administrativo bem complexo, com percurso obrigatório, para perpetuar os recursos no âmbito da própria administração, fazendo o direito transmigrar por mais de uma geração de autores”. (ALVIM, J. E. Carreira, Comentários à nova lei do Mandado de Segurança. Curitiba: Juruá, 2010. p. 35.)

²³⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra; CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. Mandado de Segurança. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 137.

²³⁸ “Todavia, orientam a doutrina e a jurisprudência que se o interessado recorreu administrativamente e seu recurso possui efeito suspensivo, de sorte que o ato administrativo impugnado não tenha qualquer exequibilidade ou operabilidade, o mesmo não teria, em tese, interesse processual ou necessidade para a impetração do *mandamus*”. (ALMEIDA, Gregório Assagra; CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. Mandado de Segurança. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 137.)

²³⁹ Nesse mesmo sentido Hely Lopes Meirelles já se manifestou: “Se o recurso suspensivo for utilizado, ter-se-á que aguardar seu julgamento, para atacar-se o ato final; se transcorre o prazo para o recurso ou se a parte renuncia à sua interposição, o ato se torna operante e exequível pela Administração, ensejando desde logo a impetração. O que não se admite é a concomitância do recurso administrativo (com efeito suspensivo) com o mandado de segurança, por que, se os efeitos do ato já estão sobrestados pelo recurso hierárquico, nenhuma lesão produzirá enquanto não se tornar exequível e operante. Só então poderá o prejudicado pedir o amparo judicial contra a lesão ou a ameaça a direito”. (MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 43.)

²⁴⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do Mandado de Segurança. São Paulo: Atlas, 2013. p. 111.

O Superior Tribunal de Justiça²⁴¹ já acolheu expressamente esse entendimento:

Processual Civil. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Sentença homologatória de acordo. Art. 513 do CPC. Ato judicial sujeito a recurso com efeito suspensivo. Inadmissibilidade do *Mandamus*. Súmula n. 267/STF.

1. De acordo com o art. 5º, inciso II, da Lei n. 12.016, de 7.8.2009, não é admissível mandado de segurança contra decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo.

2. O ato judicial que homologa acordo firmado entre as partes e põe fim ao processo nos termos do art. 269, III, do CPC é sentença, a qual, segundo o disposto no art. 513 do mesmo diploma legal, está sujeita a recurso de apelação. Incidência da Súmula n. 267/STF.

3. Recurso ordinário em mandado de segurança desprovido.

Assim, diante de uma decisão judicial só será possível a impetração do mandado de segurança se a sentença for irrecorrível ou, caso seja recorrível, que não seja possível atribuir ao recurso efeito suspensivo.²⁴²

No tocante ao inciso III do artigo 5º da Lei 12.016/2009, verifica-se que o legislador apenas reproduziu o disposto na súmula 268 do STF: “não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.”²⁴³. A finalidade da orientação sumular é destacar que o mandado de segurança não substitui a ação rescisória.²⁴⁴ Entretanto, prevalece na doutrina e na jurisprudência exceções à súmula 268 do STF²⁴⁵, que admite a impetração do *mandamus* nas hipóteses em que se verifica decisão ilegal ou abusiva, como na caso de um processo em que a parte não foi intimada da sentença.²⁴⁶

²⁴¹ STJ - Recurso em Mandado de Segurança nº 32.726 - DF (2010/0148332-5) Relator: Ministro João Otávio de Noronha. DJe: 26/11/2010.

²⁴² CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do Mandado de Segurança. São Paulo: Atlas, 2013. p. 115.

²⁴³ “a doutrina e a jurisprudência flexibilizaram a aplicabilidade da mencionada Súmula 268 do STF, de sorte a admitir, excepcionalmente, a impetração do mandado de segurança com função rescindente quando a coisa julgada é emanada de decisão teratológica ou flagrantemente ilegal ou abusiva”. (ALMEIDA, Gregório Assagra; CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. Mandado de Segurança. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 153.)

²⁴⁴ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; MARCÃO, Renato; FAVRETO, Rogério; PALHARINI JÚNIOR, Sidney. Comentários à Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 85.

²⁴⁵ “Coisa Julgada. Mandado de Segurança com função rescindente. Cabimento. Quando coexistem decisões conflitantes sobre a mesma causa, sendo uma delas nula porque proferida por juízo absolutamente incompetente, colocando em risco a higidez da prestação jurisdicional reclamada, admiti-se o Mandado de Segurança com função rescindente, de caráter satisfativo, para expurgar-se do mundo jurídico a indesejável antinomia entre acórdãos versando a mesma matéria.” (TJSP, MS 213.962-2/5, 5º Grupo de Câmaras Cíveis, rel. designado para o acórdão Des. Donald Armelin, m.v., j. em 31-8-1993).

²⁴⁶ RMS 8.807-SP, 6ª Turma, relator Ministro Hamilton Carvalhido, j. em 3-12-2001, DJU 6-5-2002, p. 312; também RMS, 4ª Turma, relator Ministro Sálvio de Figueiredo, j. em 24-9-1996, DJU, 4-11-1996, p. 42.475: “A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça caminha no sentido de admitir a utilização de mandado de segurança para desconstituir sentença prolatada em processo que se desenvolve sem a citação da parte. A orientação, amparada na assertiva de que a viciada sentença então proferida, precisamente por não aperfeiçoada a

Contudo, o autor deverá demonstrar a imprescindibilidade da intervenção judiciária para reparar o dano sofrido e utilizar dos meios adequados para acionar o judiciário. Deve-se considerar que “o tempo, o dinheiro e o trabalho dos órgãos jurisdicionais não devem ser gastos quando sua atividade não for necessária à proteção de um direito.”²⁴⁷ A exigência da comprovação do interesse processual tem a finalidade de impedir a utilização do judiciário por aqueles que poderiam pleitear seu direito sem intervenção deste órgão.²⁴⁸

Entretanto, a identificação precisa do interesse processual só é possível com a análise de cada caso concreto. A regra visa evitar o acionamento do judiciário quando houver outras formas para resolver os problemas. Dessa forma, verificada a ausência de interesse processual em qualquer fase processual, a ação será extinta, sem apreciação do mérito.

4.3 Legitimidade para agir

Para que o resultado da demanda judicial seja atingido, se faz necessário que as partes processuais, ou seja, autor e réu sejam legítimas. O autor, legitimado ativo, é aquele que faz o pedido ao se dizer titular de um direito e deseja a proteção da justiça, ao passo que o réu, legitimado passivo, é aquele a quem se dirige o pedido.²⁴⁹

Nesse contexto, Arruda Alvim²⁵⁰ esclarece que “estará legitimado o autor quando for o possível titular do direito pretendido, ao passo que a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença”. Assim, a parte autora da ação deve ser a titular do direito que está a exigir, devendo ter no polo passivo da ação aquele que é o titular da correspondente obrigação.

Para Humberto Theodoro Júnior²⁵¹ “legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão”.

angularidade da relação processual, não transita em julgado, exclui, por derradeiro, a incidência do enunciado nº 268 do excelso Supremo Tribunal Federal”.

²⁴⁷ BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. I. p. 23.

²⁴⁸ BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. I. p. 23.

²⁴⁹ BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. I. p. 63.

²⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1. p. 67.

²⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1. p. 67.

Donaldo Armelin²⁵² salienta “que a legitimidade é uma qualidade do sujeito aferida em função de ato jurídico, realizado ou a ser praticado (...). Essa qualidade resulta de uma situação jurídica oriunda precipuamente da titularidade de uma situação de fato, à qual o direito reconhece efeitos jurídicos.”

Em regra, apenas o titular do direito pode reclamá-lo em juízo, conforme dispõe o artigo 6º do Código de Processo Civil: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio”. É a chamada legitimação ordinária. A esse respeito Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery²⁵³ ponderam que “Quando há coincidência entre a legitimação do direito material que se quer discutir em juízo e a titularidade do direito de ação, diz-se que se trata de legitimação ordinária para a causa.”

Donaldo Armelin imprimindo entendimento sobre o assunto assevera que a legitimidade ordinária trata-se da “coincidência entre o titular do direito afirmado em juízo e a figura do autor.”²⁵⁴ Armelin ainda explica que em razão dessa identidade os efeitos da ação atingirão diretamente a parte e apenas de forma eventual a terceiros.²⁵⁵

Entretanto o Código prevê a exceção, que trata-se da legitimação extraordinária, em que é possível uma pessoa que não seja titular do direito pleiteado atue no pólo ativo da ação em nome do titular, desde que haja autorização legal.

Segundo lição de Donaldo Armelin a legitimidade extraordinária trata-se da outorga de legitimidade a um terceiro, para que este possa agir afetando o patrimônio alheio²⁵⁶. Armelin sintetiza quatro momentos em que se constata a legitimidade extraordinária, com a ressalva de que a classificação não é exaustiva.²⁵⁷ O primeiro é a hipótese em que a legitimidade extraordinária é “outorgada em função da predominância do interesse público sobre o particular máxime no que tange a direitos indisponíveis.”²⁵⁸ Outra hipótese é a atribuição da legitimidade extraordinária em razão de “comunhão de direitos ou conexão de

²⁵² ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. p. 11.

²⁵³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 190.

²⁵⁴ ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. p. 118.

²⁵⁵ ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. p. 118.

²⁵⁶ ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. p. 122.

²⁵⁷ ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. p. 122.

²⁵⁸ ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. p. 122.

interesses onde coexistem legitimidade ordinária e extraordinária.”²⁵⁹ A terceira decorre da “vinculação, em função do direito questionado, por isso, atribui-se tal legitimidade tanto ao legitimado ordinariamente como ao legitimado extraordinariamente”.²⁶⁰ Por último, tem-se os “casos em que se outorga a legitimidade extraordinária a um terceiro, em decorrência de uma situação jurídica por este ocupada que lhe impõe, direta ou indiretamente, deveres de guarda e conservação de direitos alheios.”²⁶¹

A legitimação extraordinária, de acordo com a classificação desenvolvida por José Carlos Barbosa Moreira²⁶² pode ser autônoma ou subordinada. A legitimidade autônoma subdivide-se em autônoma exclusiva e autônoma concorrente e esta última ainda se divide em primária e subsidiária.

Na *legitimidade extraordinária autônoma*, o legitimado extraordinário pode “(...) atuar em juízo com total independência em relação à pessoa que ordinariamente seria legitimada e em posição análoga à que a esta caberia se ordinário fosse o critério adotado pela lei para definir a situação legitimante”.²⁶³

Já na *legitimidade extraordinária subordinada* é indispensável a presença do legitimado ordinário para a regularidade do contraditório. Essa espécie de legitimidade tem eficácia menos ampla que a legitimidade extraordinária autônoma e “não habilita o respectivo titular nem a demandar nem a ser demandado quanto à situação litigiosa, mas unicamente a deduzi-la, ativa ou passivamente, junto com o legitimado ordinário, em processo já instaurado por este ou em face deste, e no qual aquele se limita a intervir.”²⁶⁴

Como visto, a legitimidade extraordinária autônoma poderá, ainda, ser classificada como exclusiva. Na *legitimidade extraordinária autônoma exclusiva* o legitimado ordinário é excluído “da posição de parte principal que em princípio lhe caberia, tornando-lhe a presença irrelevante e, mais do que isso, insuficiente para a regular instauração do contraditório”. “Em outras palavras: não considera regularmente instaurado o contraditório sem a presença do

²⁵⁹ ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. p. 122.

²⁶⁰ ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. p. 122.

²⁶¹ ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. p. 118.

²⁶² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um Estudo Sistemático da Legitimação Extraordinária. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, v. 4. p. 9-18.

²⁶³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um Estudo Sistemático da Legitimação Extraordinária. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, v. 4. p. 9-18.

²⁶⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um Estudo Sistemático da Legitimação Extraordinária. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, v. 4. p. 9-18.

legitimado extraordinário, ainda que a posição a este conferida esteja sendo ocupada pela pessoa a quem tocara a legitimação ordinária.”²⁶⁵

Já na *legitimidade extraordinária autônoma concorrente* não há exclusão da legitimação ordinária “tão somente concorre com ela, tornando indiferente, para a verificação da regularidade do contraditório, que no processo figure apenas o legitimado extraordinário, apena o ordinário, ou ambos.”²⁶⁶

Por sua vez, a legitimidade autônoma concorrente fragmenta-se em principal e subsidiária. Na *legitimidade extraordinária autônoma concorrente primária* “qualquer dos legitimados extraordinários tem qualidade para, desde logo, instaurar autonomamente o processo, sem que se lhes imponha esperar, durante certo tempo, pela iniciativa do legitimado ordinário”²⁶⁷. Já na *legitimidade extraordinária autônoma concorrente subsidiária* “enquanto não esgotado *in albis* o prazo da lei, não se lhes faculta o acesso à via judicial; a rigor, eles somente se legitimam após o termo *ad quem* se a legitimada ordinária permaneceu omissa, e caso, antes disso, alguém proponha a demanda, o contraditório não será regular.”²⁶⁸

Cumprе salientar que a legitimação extraordinária é exercida através de substituição processual, que é assim definida por designar o fato de alguém agir em nome próprio para a defesa de interesse alheio.

Não obstante Barbosa Moreira reconheça a correspondência entre a legitimação extraordinária e a substituição processo, entende que só é adequada a denominação substituição processual nas hipóteses de legitimação extraordinária autônoma exclusiva, visto que apenas nesse caso a lei substitui o legitimado ordinário pelo extraordinário.²⁶⁹ Nessa mesma linha, Donaldo Armelin pondera que ao considerar a substituição processual como a efetiva substituição do legitimado ordinário, está só ocorrerá quando se tratar de legitimidade extraordinária autônoma, exclusiva e excepcionalmente nos casos de legitimidade extraordinária concorrente.²⁷⁰

²⁶⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um Estudo Sistemático da Legitimação Extraordinária. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, v. 4. p. 9-18.

²⁶⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um Estudo Sistemático da Legitimação Extraordinária. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, vol.404. p. 9-18.

²⁶⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um Estudo Sistemático da Legitimação Extraordinária. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, vol.404. p. 9-18.

²⁶⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um Estudo Sistemático da Legitimação Extraordinária. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, vol.404. p. 9-18.

²⁶⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um Estudo Sistemático da Legitimação Extraordinária. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, v. 4. p. 9-18.

²⁷⁰ ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. p. 132.

Destaca-se ainda que a substituição processual não se confunde com a representação. Na substituição processual o substituto é parte da relação processual e age em nome próprio e não em nome do substituído²⁷¹, enquanto que o representante não é parte, mas apenas representante da parte, chamado de representado²⁷².

O STF, ao julgar o Agravo de Instrumento de número 743615 / DF – Distrito Federal, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, destacou importante lição de Chiovenda sobre o assunto²⁷³:

As posições fundamentais e secundárias acima examinadas assume-as normalmente a própria pessoa que se afirma titular da relação deduzida em juízo. Mas excepcionalmente assume-as pessoa que não se afirma e apresenta como sujeito da relação substancial em litígio. Como no direito substancial casos se verificam em que se admite alguém a exercer no próprio nome direitos alheios, assim também outro pode ingressar em juízo no próprio nome (isto é, como parte) por um direito alheio. Ao introduzir e analisar essa categoria, porfiei em definir-lhe o caráter, atribuindo-lhe a denominação de substituição processual. Categoria e denominação são hoje aceitas a todos, inclusive pela jurisprudência da Corte de Cassação, (aresto de 8 de abril de 1926, na *Giurisprudenza italiana*, 1926, p. 489; de 13 de julho de 1931, no *Foro italiano*, 1932, p. 735; de 24 de julho de 1934, no *Foro italiano*, 1935, p. 59). Muitos dos casos por mim incluídos em tal categoria são comumente explicados como casos de representação; mas, conquanto se produzam, aí, alguns efeitos análogos aos da representação, não é de representação que se trata, de vez que o representante processual age em nome de outro, de sorte que parte na causa é, na verdade, o representado; ao passo que o substituto processual age em nome próprio e é parte na causa. Como tal responde pelas despesas judiciais, não servir como testemunha etc. O fato, porém, de ser o substituto processual autorizado por lei a comparecer em juízo pelo direito alheio decorre de uma relação em que aquele se encontra com o sujeito dele. Esta relação, em que ele se encontra com o titular, constitui o interesse como condição da substituição processual, apresentado, pois, como coisa bem diferente do interesse como condição da ação que se faz valer.

Portanto, em regra a legitimidade para agir deverá ser exercida pelo próprio titular do direito pretendido. Somente na hipótese de expressa previsão legal é que é possível que um sujeito atue na defesa de direito alheio.

No caso da legitimidade nas ações de natureza coletiva, não é possível aplicar as regras do direito individual, fazendo-se necessário a análise de suas peculiaridades.

²⁷¹ LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 182-183.

²⁷² LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 183.

²⁷³ STF, AI 743615 / DF - DISTRITO FEDERAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - Relator(a): Min. Gilmar Mendes - Julgamento: 18/08/2010. - CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. Campinas: Bookseller, 1998. p. 300-302.

4.3.1 Da legitimidade no Mandado de Segurança Coletivo

A ação de mandado de segurança coletivo terá em seu polo ativo aquele que possua legitimidade processual coletiva, para defender direito transindividual líquido e certo, que tenha sido violado ou houver justo receio de o ser, e não seja possível ampará-lo por *habeas corpus* ou *habeas data*, ao passo que o titular do polo passivo é aquele que ameaça ou lesa direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* e *habeas data*, de uma coletividade.

A legitimidade passiva no mandado de segurança coletivo adota as regras do *mandamus* individual, já que tanto o CR/88 quanto a lei 12.016/2009 disciplinaram no âmbito da tutela coletiva, apenas particularidades para a legitimidade ativa.

Definir quem é o legitimado passivo na ação mandamental é um dos temas mais polêmicos referentes à matéria processual do *writ*. A controvérsia se pauta em definir quem seria o titular do polo passivo: autoridade coatora ou a pessoa jurídica a quem a autoridade está vinculada.

A doutrina se divide em três correntes. A primeira corrente sustenta que a autoridade coatora é quem possui legitimidade passiva para o mandado de segurança. A segunda afirma que o titular do polo ativo da ação mandamental é pessoa jurídica de direito público ou privado a quem a autoridade está vinculada. E há ainda quem entenda existir no polo passivo do mandado de segurança um litisconsórcio necessário entre a autoridade coatora e a pessoa jurídica.

Passamos, então, à análise da primeira corrente doutrinária que defende a autoridade coatora como parte legítima para figurar no polo passivo da ação de mandado de segurança. Nesse ponto é importante salientar que a autoridade coatora é aquela que tem poder de decisão e não o simples executor.²⁷⁴⁻²⁷⁵

²⁷⁴ BUZAID, Alfredo. Considerações sobre o Mandado de Segurança Coletivo. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 34.

²⁷⁵ Sobre o assunto Hely Lopes Meirelles ensina “Deve-se distinguir autoridade pública do simples agente público. Aquela detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar atos administrativos decisórios, os quais, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança quando forem direito líquido e certo; este não pratica atos decisórios, mas simples atos executórios, e, por isso, não responde a mandado de segurança, pois é apenas executor de ordem superior. Exemplificando: o porteiro é um agente público, mas não é autoridade; autoridade é o seu superior hierárquico, que decide naquela repartição pública. O simples executor não é coator em sentido legal; coator é sempre aquele que decide, embora muitas vezes também execute sua própria decisão, que rende ensejo à segurança. Atos de autoridade, portanto, são os que trazem em si uma decisão, e não apenas execução.” (MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 33.)

Hely Lopes Meirelles²⁷⁶ orienta que “o impetrado é a autoridade coatora, e não a pessoa jurídica ou o órgão a que pertence e ao qual seu ato é imputado em razão do ofício.” Nesse mesmo sentido é a lição de Alfredo Buzaid²⁷⁷: “sujeito passivo do mandado de segurança coletivo é a autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”

Esse entendimento doutrinário também conta com a aceitação da jurisprudência pátria. O STF em julgado proferido já sob a égide da Lei 12.016/2009 se manifestou: “A autoridade administrativa legítima para figurar no polo passivo da impetração é a competente para a prática do ato no momento do ajuizamento do *writ*.”²⁷⁸⁻²⁷⁹

No entanto, essa posição não é pacífica. Outra parcela da doutrina sustenta que a pessoa jurídica é quem deve ser o impetrado, uma vez que a pessoa física que pratica o ato ilegal o faz em razão da atribuição ou cargo que exerce, não o faz em nome próprio, por vontade própria, e sim pratica o ato vinculada à pessoa jurídica na qual ocupa uma função de autoridade.²⁸⁰

Nesse sentido é a lição de Celso Agrícola Barbi²⁸¹ que afirma: “a parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros pertence a autoridade apontada como coatora.” Esse também é o entendimento de Sérgio Ferraz²⁸²: “sujeito passivo, no mandado de segurança, é a pessoa jurídica de direito público que vai suportar os efeitos defluentes da ação.”

Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz²⁸³, com acuidade, observa: “a autoridade coatora, assim não é necessariamente parte passiva, por mais que a lei traga a previsão de constar o seu nome da petição inicial.” e completa “a autoridade coatora é, portanto, a que presta as informações no mandado de segurança, já que somente ela saberá os detalhes, de fato, do ato ao qual se atribui a violação ao direito líquido e certo do impetrante”.

A jurisprudência também já admitiu esse entendimento. Acentua-se o acórdão do STF,

²⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 34.

²⁷⁷ BUZAID, Alfredo. Considerações sobre o Mandado de Segurança Coletivo. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 117.

²⁷⁸ STF, RMS 28.193, rel. Min. Eros Grau, julgamento em 11/05/2010.

²⁷⁹ No mesmo sentido no STJ, REsp 838413/BA, rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgamento em 19/08/2010.

²⁸⁰ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; MARCÃO, Renato; FAVRETO, Rogério; PALHARINI JÚNIOR, Sidney. Comentários à Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 44-49.

²⁸¹ BARBI, Celso Agrícola. Do Mandado de Segurança. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 154.

²⁸² FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança: individual e coletivo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 42.

²⁸³ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; MARCÃO, Renato; FAVRETO, Rogério; PALHARINI JÚNIOR, Sidney. Comentários à Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 46.

que teve como redator o Ministro Sepúlveda Pertence²⁸⁴, cuja ementa se transcreve abaixo:

Mandado de segurança: legitimação passiva da pessoa de direito público assemelhada, à qual seja imputável o ato coator, cabendo à autoridade coatora o papel de seu representante processual, posto que de identificação necessária: consequente possibilidade de sanar-se o erro do impetrante na identificação da autoridade coatora, mediante emenda da inicial, para o que se determina a intimação da parte.

Há ainda uma terceira posição que merece registro e sustenta haver, no polo passivo do mandado de segurança, um litisconsórcio passivo necessário entre a pessoa jurídica e a autoridade coatora. Aderindo a essa colocação, Cássio Scarpinella Bueno aponta que “o que se extrai da previsão normativa atual, contudo, é que a lei 12.016/20009 (...) estabeleceu um litisconsórcio passivo e necessário entre a autoridade coatora e o órgão ou pessoa jurídica a que pertence.”²⁸⁵

Gregório Assagra de Almeida, por sua vez, entende que há litisconsórcio passivo entre as partes, mas que esse litisconsórcio é facultativo. Para o autor isso se justifica no fato de que a autoridade coatora é apenas notificada e atuará com legitimidade extraordinária ao lado da pessoa jurídica que será legitimada passiva ordinária. Almeida ainda pondera que após ser notificada da impetração do mandado de segurança, “a pessoa jurídica de direito público ingressará ou não no pólo passivo. Caso ela se mantenha inerte, a sua defesa será realizada pela autoridade coatora, que atuará com legitimidade extraordinária. De qualquer forma, ela sofrerá os efeitos da decisão judicial, favoráveis ou desfavoráveis.”²⁸⁶

Entendemos que a posição correta é aquela que defende a pessoa jurídica como parte legítima para impetrar o mandado de segurança. Primeiramente porque, como pontua Celso Agrícola Barbi²⁸⁷, “o ato que a autoridade coatora pratica, no exercício de suas funções, vincula a pessoa jurídica de direito público a cujos quadros ela pertence; é o ato do ente público e não do funcionário”, ou seja, a pessoa jurídica é quem deverá suportar os efeitos jurídicos do julgamento²⁸⁸. A fim de esclarecer, Alexandre de Freitas Câmara²⁸⁹ exemplifica: “pense-se em um mandado de segurança contra ato de Secretário de Saúde que tenha por

²⁸⁴ STF, Rcl 367, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p acórdão Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 4/02/1993.

²⁸⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. A nova lei do Mandado de Segurança. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 60-61.

²⁸⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra; CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. Mandado de Segurança. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 96.

²⁸⁷ BARBI, Celso Agrícola. Do Mandado de Segurança. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 152.

²⁸⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do Mandado de Segurança. São Paulo: Atlas, 2013. p. 56.

²⁸⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do Mandado de Segurança. São Paulo: Atlas, 2013. p. 57.

objeto o fornecimento de medicamentos. Parece evidente que, julgado procedente o pedido de concessão do mandado de segurança, caberá ao Estado fornecer os medicamentos.”²⁹⁰

Essa afirmação, porém, não afasta a legitimidade extraordinária da autoridade coatora. Entretanto, não é possível sustentar a substituição processual frente às decisões jurisprudenciais que afirmam que, após proferida a sentença, caberá à pessoa jurídica (e não à autoridade coatora) legitimidade para recorrer.²⁹¹, uma vez que não há substituição processual pela metade.²⁹²

Além dos argumentos apresentados, cumpre ressaltar que o art. 6º da lei 12.016/2009 dispõe expressamente sobre a necessidade de indicar a pessoa jurídica e ainda aponta que o juiz ordenará que se dê ciência do feito à pessoa jurídica, sendo que esse “dar ciência” é o mesmo que a citação.²⁹³ Ademais, o art. 9º da referida lei indica que a autoridade coatora deverá fornecer à pessoa jurídica elementos necessários para a sua defesa, o que impõe que a pessoa jurídica é quem deve apresentar a defesa, ou seja, é o impetrado na ação mandamental.

Alexandre de Freitas Câmara²⁹⁴ aponta que definir quem é o verdadeiro legitimado passivo do mandado de segurança coletivo tem enorme importância prática. Isso porque, caso se considere que a autoridade coatora seja parte legítima e essa seja apontada na inicial de forma errônea, o processo será extinto sem resolução do mérito. Já na hipótese da legitimidade ser apenas do pessoa jurídica, a indicação errada da autoridade coatora não implica falta de legitimidade. O que pode gerar a extinção por falta de legitimidade passiva é o fato do erro na designação da autoridade coatora atingir também a pessoa jurídica²⁹⁵. Como bem assinalado por Câmara²⁹⁶, é o que correria, por exemplo, “no caso de se ter indicado como autoridade coatora o Secretário de Estado e a autoridade realmente responsável pelo ato fosse o Presidente de uma autarquia estadual, caso em que a legitimidade passiva seria desta outra pessoa jurídica.”

Depreende-se, então, que o legitimado passivo nas ações de mandado de segurança

²⁹⁰ Nesse sentido vale conferir o acórdão do STJ no julgamento do AgRg no Ag 842866/MT, relator Luiz Fux, julgamento em 12.06.2007.

²⁹¹ Nesse sentido, um exemplo é a decisão proferida pelo STJ no julgamento do AgRg no AREsp 72398/RO, rel. Min. Herman Benjamin, julgamento em 10.04.2012: “A Primeira Seção do STJ pacificou o entendimento de que a intimação do Procurador da Fazenda Nacional se faz necessária, uma vez que a autoridade coatora é notificada para prestar informações e a legitimidade para recorrer é da pessoa jurídica de Direito Público afetada pela concessão do *writ*”.

²⁹² CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do Mandado de Segurança. São Paulo: Atlas, 2013. p. 57.

²⁹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do Mandado de Segurança. São Paulo: Atlas, 2013. p. 57.

²⁹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do Mandado de Segurança. São Paulo: Atlas, 2013. p. 58.

²⁹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do Mandado de Segurança. São Paulo: Atlas, 2013. p. 58.

²⁹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do Mandado de Segurança. São Paulo: Atlas, 2013. p. 58.

coletivo será a pessoa jurídica de direito público ou privado que pratique ato ilegal ou abuso de poder, violando ou com justo receio de violar, um direito metaindividual.

Em relação à legitimidade ativa para tutela de direitos metaindividuais, será esta estudada em tópico específico.

4.3.2 Natureza jurídica da legitimidade coletiva

A definição da natureza jurídica da legitimidade é um dos temas mais complexos no processo coletivo. O que se verifica é que ainda perduram três alvites sobre a qualificação da legitimidade coletiva. Já que para alguns a legitimidade é ordinária, para outros trata-se de legitimidade extraordinária, exercida através da substituição processual, e ainda há aqueles que defendem que a natureza jurídica da legitimidade coletiva necessita de uma nova classificação por se tratar de legitimidade autônoma.

Essa discussão ocorre, como já assinalado por Luiz Manoel Gomes Júnior, pelo equívoco doutrinário de “tentar encaixar as ações coletivas aos conceitos tradicionais no direito processual”²⁹⁷

A regra clássica do ordenamento jurídico brasileiro é a legitimidade ordinária, que consiste na “coincidência entre a situação legitimante e a causa proposta”²⁹⁸, ou seja, quando o autor da ação é o próprio titular do direito pretendido.

Em prol da legitimidade ordinária a doutrina aponta que o autor da ação coletiva age em juízo em nome próprio e na defesa de direito próprio, não obstante seja esse direito também de todos os indivíduos de uma coletividade a que o legitimado ativo também pertence. No mais, o autor da ação coletiva não depende de autorização dos outros titulares do direito de índole coletiva para propositura da ação pertinente.

Ada Pellegrini Grinover²⁹⁹, conferindo entendimento sobre o assunto, sustenta que a legitimidade nas ações coletivas seria ordinária quando “a entidade age na defesa de seus interesses institucionais – proteção ao ambiente, aos consumidores, aos contribuintes.”³⁰⁰

²⁹⁷ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Curso de Direito Processual Civil Coletivo. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 34.

²⁹⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 240.

²⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança Coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada. Revista de Processo, vol. 58, abr. 1990, DRT/69, p. 75.

³⁰⁰ Sobre a afirmação de Ada Pellegrini Grinover, Eduardo Cambi contrapõe que: “Tal argumento pode ser contestado, uma vez que as associações, ao ajuizarem mandado de segurança coletivo, mesmo que cuidem de trazer temas institucionais, estarão sempre defendendo interesses materiais de outras pessoas. Logo, não é

Nessa mesma linha de pensamento é a lição de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro³⁰¹ que, ao discorrer sobre que atuação do Ministério Público como parte ativa na ação civil pública, leciona que o *parquet* não age em substituição processual, pois sua atuação se dá em nome próprio, na defesa de interesse público, do qual é titular como órgão do Estado, da própria sociedade como um todo.

Ocorre que, para a aplicação da legitimidade ordinária na ação coletiva, adviria, segundo Cássio Scarpinella Bueno³⁰², a “irrefutável necessidade da pesquisa em torno das finalidades estatutárias dos entes que se afirmaram legitimados para agir em juiz; eis que é de sua constatação que ressalta a afirmada titularidade da lide, e, portanto, legitimação ordinária.” O que Hermes Zanetti Júnior³⁰³ observa a esse respeito é que “estaria reduzida a participação e aplicação do *writ* coletivo.”

Em remate Zanetti Júnior³⁰⁴ propõe que “ocorrendo um reconhecimento, pelo direito, da posição de titular de direito subjetivo ao sindicato, entidade classe ou associação, em decorrência de afinidade temática com o direito objetivo violado (meio ambiente, etc.), se dará legitimação ordinária para impetrar mandado de segurança individual”.

Ao se posicionar sobre o assunto, Hugo Nigro Mazzili³⁰⁵ afirma que, mesmo que o legitimado ativo na tutela coletiva “compartilhe o interesse na ordem jurídica lesada, nessas ações ele faz muito mais do que defender direito próprio: aí está em jogo o interesse de cada integrante do grupo lesado (gerando a coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*).” O autor ainda sustenta que o art. 91 do CDC³⁰⁶, que disciplina a defesa dos direitos individuais homogêneos, dispõe que os legitimados para as ações coletivas poderão propô-la, *em nome*

possível afirmar que têm legitimidade ordinária para o *writ*”. (CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane. Legitimidade do Ministério Público para impetrar Mandado de Segurança Coletivo. Revista de Processo. vol. 203, p. 121, jan./2012.)

³⁰¹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. O Ministério Público no Processo Civil e Penal: promotor natural, atribuição e conceito com base na Constituição de 1988. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 243. O autor ainda justifica: “Pouco importa que existam, eventual e reflexamente, interesses patrimoniais de pessoas ou grupos, vez que a intervenção do MP não tem por finalidade a defesa desses eventuais direitos patrimoniais, mas antes sua atuação se dá porque o legislador, naquele momento, entendeu que aqueles direitos interessariam diretamente à própria sociedade, politicamente organizada, como verdadeiros direitos sociais”.

³⁰² BUENO, Cássio Scarpinella. A legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo: CF/88, art. 5º, LXX. Revista de Processo. São Paulo, v. 22, n. 88, out./dez. 1997.

³⁰³ ZANETTI JÚNIOR, Hermes. Mandado de Segurança Coletivo: aspectos processuais controversos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 104.

³⁰⁴ ZANETTI JÚNIOR, Hermes. Mandado de Segurança Coletivo: aspectos processuais controversos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 104-105.

³⁰⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 65.

³⁰⁶ Código de Defesa do Consumidor - 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.

próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, “confere a essa ação coletiva os contornos efetivos da legitimação extraordinária.”³⁰⁷

Na mesma senda, é o entendimento de Hermes Zaneti Júnior³⁰⁸:

Revela-se incorreta a tese da legitimação ordinária, que poderia advir do entendimento de que os legitimados para agir são “adequados portadores” deduzindo interesse próprio em juízo e, ao mesmo tempo, interesse de todos que se identificam no coletivo, para a obtenção de um provimento de mérito extensível à coletividade.

Evidencia-se, diante do exposto, incorreta a corrente doutrinária que sustenta a legitimidade ordinária nas ações coletivas. Uma das características dos direitos coletivos *lato sensu* é que seus titulares são indeterminados; assim, considerada a natureza transindividual dos direitos tutelados pelas ações coletivas, não é possível imaginar a hipótese de o art. 6º do Código de Processo Civil, isto é, a legitimação pessoal de quem se afirmar titular do direito coletivo³⁰⁹.

Passando agora para análise da tese oposta, na defesa da legitimidade extraordinária, exercida na forma de substituição processual – que consiste na possibilidade de alguém, em nome próprio, postular direito alheio – cabe recordar que os direitos metaindividuais se caracterizam por não terem titular determinado. Destaca-se aqui a posição de Teori Albino Zavascki³¹⁰ ao analisar a legitimidade do Ministério Público nas ações coletivas:

Em todas as hipóteses de promoção da ação civil, seja na defesa do patrimônio público ou social, ou seja, ainda, na defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos, o Ministério Público estará sempre defendendo não um direito próprio, mas sim um direito alheio, direito, ou de toda a comunidade, ou de pessoas indeterminadas, ou determinadas por classes, categorias ou grupos. Trata-se, portanto, de legitimação extraordinária, para a qual se exige habilitação legal específica, a teor do art. 6º do CPC. Quem defende em juízo, em nome próprio direito de que não é titular assume, no processo, a condição de substituto processual. Assim, o Ministério Público, autor da ação civil pública, é substituto processual.

³⁰⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 67.

³⁰⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Mandado de Segurança Coletivo: aspectos processuais controversos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 104.

³⁰⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 64.

³¹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 139.

Hugo Nigro Mazzili³¹¹ posicionou-se na defesa de que na ação coletiva prevalece a legitimação extraordinária através da substituição processual, “pois esse fenômeno processual só não ocorreria se o titular da pretensão processual estivesse agindo apenas na defesa de interesse material que ele alegasse ser dele mesmo.” E Ada Pellegrini Grinover³¹², nesse mesmo sentido, destaca que, na hipótese do legitimado atuar para defesa de direitos de “alguns de seus filiados, membros ou associados, que não seja comum a todos, nem esteja compreendido em seus objetivos institucionais: neste caso, sim, haveria uma verdadeira substituição processual.” A essa posição filia-se, ainda, Eduardo Cambi³¹³, José Cretella Júnior³¹⁴, José da Silva Pacheco³¹⁵, Alexandre Freitas Câmara.³¹⁶

Neste sentido, destaca-se a orientação do Supremo Tribunal Federal:

Recurso Extraordinário. Inadmissibilidade. Sindicato. Mandado de segurança coletivo. Substituto processual. Legitimidade extraordinária. Ofensa ao art. 5º, XXI e LXX, "b", da CF. Inexistência. Agravo regimental não provido. Precedentes. Na segurança coletiva, o sindicato tem legitimação extraordinária, atuando como substituto processual, sem necessidade de autorização expressa³¹⁷⁻³¹⁸

³¹¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 66.

³¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança Coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada. Revista de Processo, vol. 58, abr. 1990 DRT/69. p. 75.

³¹³ “o que melhor explica a legitimação para o mandado de segurança coletivo é a substituição processual”. (CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane. Legitimidade do Ministério Público para impetrar Mandado de Segurança Coletivo. Revista de Processo. vol. 203, jan./2012. p. 121.)

³¹⁴ “A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, pela primeira vez, em nosso direito, permitiu impetração de mandado de segurança por parte de quem não fosse titular do direito subjetivo material. O impetrante, agora, impetra segurança, em seu nome, mas defendendo direito de outrem. (...) Pela primeira vez em nosso direito processual e constitucional, a figura da substituição processual foi acolhida, com relação ao *writ of mandamus*”. (CRETILLA JÚNIOR, José. Do Mandado de Segurança Coletivo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990, p. 58.)

³¹⁵ “No caso do Mandado de Segurança coletivo, o sindicato, o partido político ou a associação pode impetrá-lo em defesa de direitos dos associados ou membros. Ao fazê-lo agir, em nome próprio, na defesa de direitos de seus associados. Trata-se de substituição processual.” (PACHECO, José da Silva. O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 318.)

³¹⁶ “Com todas as vênias aos que pensam diferentemente, o que se tem no mandado de segurança coletivo é a legitimidade extraordinária. É que esse é o modo como se qualifica a legitimidade daquele que, sem afirmar sua condição de titular da posição jurídica posta em juízo, postula tutela jurisdicional em nome próprio. Em outros termos, a legitimado extraordinário é aquele que está autorizado pelo ordenamento jurídico a demandar em nome próprio na defesa de um direito que afirma não lhe ser próprio, não integrar sua esfera jurídica individual. É exatamente esse o caso de que aqui se trata. A constituição da República atribuiu a alguns entes (partidos políticos, entidades de classe, organizações sindicais, associações) legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo em defesa de interesses da coletividade. São, pois, interesses que não integram suas esferas jurídicas individuais (mesmo porque essas pessoas jurídicas sempre puderam impetrar mandado de segurança individual para defesa dos seus próprios interesses). O que se fez, pois, foi atribuir-lhes uma legitimidade extraordinária para a defesa de interesses que não lhes são próprios, não integram suas esferas jurídicas individuais. É extraordinária, portanto, sua legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança coletivo.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do Mandado de Segurança. São Paulo: Atlas, 2013. p. 363.)

³¹⁷ STF - RE 348973 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL - AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. CEZAR PELUSO - Julgamento: 23/03/2004 - Órgão Julgador: Primeira Turma.

³¹⁸ De igual modo, é o seguinte julgado: STF - RE 193382 / SP - SÃO PAULO - RECURSO

Apesar dos argumentos daqueles que sustentam a natureza jurídica da legitimidade coletiva como extraordinária, os direitos coletivos em sentido amplo apresentam peculiaridades que demonstram a inoperância das regras de direito individual e a impossibilidade de aplicar as regras da legitimidade ordinária e extraordinária. Sobre o assunto Clarissa Diniz Guedes³¹⁹ destaca:

É que a dificuldade de se identificar, de modo preciso, quais são os destinatários do direito material, aliada à indivisibilidade do objeto em debate ou, por vezes, a própria relevância social dos direitos tutelados, terminam por demonstrar a inoperância do processo civil tradicional para a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Assim, à vista da complexidade e das particularidades dos direitos metaindividuais, há uma terceira posição que defende a necessidade do reconhecimento de uma nova modalidade de atuação processual através da legitimação coletiva³²⁰⁻³²¹, já que as consequências práticas do direito processual coletivo não permitem a classificação da legitimidade como substituição processual.

Primeiramente porque na substituição processual, o substituto e o substituído são atingidos pelo efeito da coisa julgada independente de resultado negativo ou positivo da tutela judicial. No entanto, nas ações coletivas a coisa julgada só atingirá todas as partes no caso de procedência do pedido, ou seja, a coisa julgada será *erga omnes* somente na hipótese em que beneficiar os titulares do direito em questão. Exalta-se que no caso de improcedência do

EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO - Julgamento: 28/06/1996 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

³¹⁹ GUEDES, Clarissa Diniz. A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coordenadores). Processo Civil Coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 111.

³²⁰ GUEDES, Clarissa Diniz. A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coordenadores). Processo Civil Coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 111.

³²¹ Carla Diniz Guedes esclarece: “À vista da complexidade dos direitos transindividuais, os ordenamentos jurídicos legitimam uma nova modalidade de atuação processual, através da figura da legitimidade coletiva. Ao legitimado para a inovação da tutela coletiva é conferido o poder de agir em defesa de direitos de um grupo, uma classe, ou mesmo de toda a sociedade. Ao contrário do que ocorre na esfera jurídica de todos os titulares dos direitos que se encontrem em jogo naquele processo. É que o regime da coisa julgada nas demandas coletivas em muito se distancia daquele presente de direito processual individual, em que, de um modo geral, apenas as partes litigantes são atingidas pela eficácia da decisão final. Por isso, a legitimação coletiva deve ser amplamente justificada por fundamentos que autorizem a propositura, por alguns, de ações que visem a tutelar direitos de toda a coletividade.” (GUEDES, Clarissa Diniz. A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). Processo Civil Coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005. P. 111.)

pedido, o indivíduo que se sentir lesado poderá ajuizar uma ação individual, valendo-se de nova prova³²².

Além disso, reforçando a impossibilidade de aplicar a substituição processual nas ações coletivas, verifica-se que os legitimados defendem direitos próprios, já que foram criados para aquela finalidade, ao contrário da substituição processual em que substituto atua em nome próprio, mas na defesa de direito do substituído.³²³

Outro argumento que afasta a substituição processual como natureza jurídica das ações coletivas, consiste no fato de que o substituído, ao agir em nome de um terceiro, fica responsável, perante a parte adversa, pelas despesas judiciais na hipótese de resultado desfavorável. Fato este que não ocorre nas ações coletivas, salvo o disposto no art. 87 do Código de Defesa do Consumidor³²⁴: “Nas ações coletivas de que trata este código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.”³²⁵

Verificado que a substituição possui características que não condizem com as peculiaridades das ações coletivas, fica afastada a classificação da natureza jurídica da legitimidade ativa das ações coletivas como substituição processual.

Depreende-se, assim, que o direito coletivo não pode ser analisado com as regras do direito individual, pois possui características exclusivas e por isso, como bem assevera Luiz Manoel Gomes Júnior, seria o mesmo que “tentar inserir os mamíferos, quando o surgimento dessa espécie, na família dos répteis, apenas para se aproveitar da classificação já existente”³²⁶.

Faz-se necessário então uma classificação que atenda às particularidades do processo coletivo. A doutrina então propõe uma legitimidade autônoma no processo coletivo, que Luiz Manoel Gomes Júnior define como “legitimação processual coletiva” e justifica:

Nas ações coletivas estará sempre presente uma legitimação processual

³²² GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. Sistema Coletivo: porque não há substituição processual nas ações coletivas. *Revista de Processo*, v. 221, 2013, p. 461-472.

³²³ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 28.

³²⁴ ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 361.

³²⁵ Artigo 87 do Código de Defesa do Consumidor.

³²⁶ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 34, nota de rodapé nº 33.

coletiva que é, justamente, a possibilidade de almejar a proteção dos direitos coletivos “*lato sensu*” (difusos, coletivos e individuais homogêneos), ainda que haja coincidência entre os interesses próprios de quem atua com os daqueles que serão, em tese, beneficiados com a decisão a ser prolatada.

Nesse mesmo sentido é o pensamento de Marcelo Abelha³²⁷ que defende a legitimidade coletiva autônoma³²⁸, já que as características do processo coletivo não são compatíveis com o modelo clássico: legitimidade ordinária e legitimidade extraordinária:

Deve ficar bem claro ao leitor que, nas ações coletivas para a defesa de direitos metaindividuais, o eixo de análise deixa de ser a titularidade do direito material e passa a ser o reconhecimento da adequada representação, no processo, para proteger e tutelar esses direitos.

Assim, preferimos dizer que a legitimidade é autônoma, um *tertium genus*, e que, aprioristicamente, não deve ser classificada como ordinária e extraordinária. Não é ordinária porque o atingido pela coisa julgada não é titular do direito de ação, ainda que se dissesse que o ente com representatividade adequada tenha por finalidade institucional a defesa desses direitos. Repita-se, os limites subjetivos da coisa julgada alcançarão os titulares do direito adequadamente representado em juízo. Não é extraordinária nos moldes clássicos porque não se identifica o substituído e, portanto, não se sabe quando seria ordinária.

Com acuidade, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Nery, baseados na doutrina alemã, defendem uma “*legitimação anômala do tipo misto*”³²⁹, em que os legitimados coletivos possuem uma legitimidade autônoma para propositura de ações coletivas quando se tratar da defesa de direitos difusos e individuais homogêneos. Porém, para dar tutela de direitos individuais homogêneos, a legitimidade será extraordinária, na forma de substituição processual, porque há defesa em nome próprio de direito alheio.

Os autores sustentam que a substituição processual pertence exclusivamente ao direito processual individual. Assim, somente fala-se em substituição processual quando o substituído for determinado, o que não é possível para os direitos coletivos e difusos, em que há individualidade dos titulares. A legitimidade nas ações coletivas seria então uma legitimidade própria do direito processual coletivo.

Situação diversa ocorre na tutela de direitos individuais homogêneos, em que titulares do direito são determináveis. Portanto, os legitimados serão substitutos processuais, atuando

³²⁷ ABELHA, Marcelo. Ação Civil Pública e Meio Ambiente. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 59.

³²⁸ Filia-se a essa posição Américo Bedê Freire Júnior (FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. Processo Civil Coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 66-80.)

³²⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 66.

na defesa de direito alheio de sujeitos determinados.

Apoia a tese da “legitimação anômala do tipo misto”, Gregório Assagra de Almeida³³⁰, salientando a necessidade de revisitação do fenômeno da natureza jurídica das ações coletivas: “(...) não é razoável aplicar a disposição prevista no art. 6º do Código de Processo Civil, que disciplina o fenômeno legitimidade (ordinária e extraordinária) no plano do direito processual clássico de tutela de direitos individuais” às ações coletivas.

Ao seu turno, Rodolfo de Camargo Mancuso³³¹, após realizar uma extensa análise sobre a legitimidade ativa na ação popular, conclui ser “preferível a concepção (...) no sentido de que a legitimação para agir para a tutela de direitos difusos e coletivos de legitimação autônoma para a condução do processo.”, fazendo o autor a mesma ressalva que Nery e Nery em relação aos direitos individuais homogêneos.

Diante de todo o exposto, aderimos ao entendimento de que a natureza jurídica é autônoma, independente da espécie de direito que se irá defender. Isso porque, como analisado, as características da legitimidade ordinária, bem como da legitimidade extraordinária por meio da substituição processual, não se adaptam às exigências do procedimento coletivo. Assim, infere que nas ações coletivas existe uma “legitimação processual coletiva”.

4.4 Liquidez e certeza

A definição de direito líquido e certo passou por diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais³³². Para alguns tratava-se da certeza sobre a matéria de direito pleiteado, enquanto que para outros era a incontestabilidade dos fatos alegados³³³. A dúvida foi completamente sanada com a edição da súmula 625 do STF: “controvérsia sobre matéria de direito não impede a concessão do mandado de segurança”. Assim ficou demonstrado que o conceito de direito líquido e certo é um conceito processual, referente aos fatos e relacionado a possibilidade de existência de prova pré-constituída para a impetração do *mandamus*³³⁴. O

³³⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra. Manual das Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 368.

³³¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Popular. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 206.

³³² ALMEIDA, Gregório Assagra; CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. Mandado de Segurança. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 80.

³³³ ALMEIDA, Gregório Assagra; CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. Mandado de Segurança. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 81.

³³⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra; CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. Mandado de Segurança. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 81.

direito, por sua vez, é sempre líquido e certo.³³⁵

Procurando esclarecer o conceito de direito líquido e certo³³⁶, Elpídio Donizeti³³⁷ destaca que direito líquido e certo é “aquele cuja existência se reputa indene de dúvidas, porquanto passível de ser demonstrada documentalmente pela prova pré-constituída (...)”. Ao seu turno, Darlan Barroso e Luciano Alves Rosato³³⁸ explicam que “o direito líquido e certo, capaz de autorizar o mandado de segurança, é referente à possibilidade de demonstração inequívoca de um direito em relação aos fatos narrados na inicial (...)”. Já para Eurico Ferraresi³³⁹, “direito líquido e certo é direito documentalmente acertado”, em que o “impetrante deverá demonstrar, por intermédio de documento inequívoco, que o julgador

³³⁵ A esse respeito Hely Lopes Meirelles se manifestou: “O direito quando existe é líquido e certo; os fatos é que podem ser imprecisos e incertos, exigindo comprovação e esclarecimentos para propiciar a aplicação do Direito invocado pelo postulante”. (MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 36.)

³³⁶ José Carlos Barbosa Moreira *apud* Alexandre Freitas Câmara, oferece nobre lição sobre o conceito de direito líquido e certo: “Outra expressão que se consagrou nos textos é a de ‘direito líquido e certo’. Mandado de segurança sempre, ou quase sempre, se tem identificado como remédio que se destina à proteção de direitos líquidos e certos. Essa locução, na verdade, tecnicamente discutível, deu inicialmente margem a controvérsias em sua interpretação. Houve quem pretendesse que só seria líquido e certo, para o fim de ensejar a impetração da segurança, o direito a cujo respeito não se pudesse levantar nenhuma controvérsia revestida de seriedade: o direito incontestável; aliás, essa expressão apareceu em textos normativos. Ora, na verdade, nós que lidamos com a matéria jurídica sabemos perfeitamente que seria muito difícil imaginar uma situação que se pudesse dizer ao abrigo de toda e qualquer controvérsia, de toda e qualquer contestação. Na prática do foro, a utilidade do mandado de segurança ficaria reduzida a quase nada, porque bastaria que, ao prestar informações, a autoridade apontada como coatora discutisse a existência do alegado direito, com argumentos que fossem totalmente vazios de sentido, para que já não se pudesse falar de direito líquido e certo, portanto o remédio se tornasse inadmissível. Logo se percebeu, que não era por esse caminho que se chegaria a nenhum resultado realmente proveitoso. Hoje parece consolidada, seja na doutrina, seja na jurisprudência, outra maneira de entender a expressão. O direito de alguém é elemento de uma relação jurídica, que pertence ao mundo dos feitos jurídicos. Toda relação jurídica é efeito jurídico. Efeito de quê? Efeito da incidência de uma norma sobre determinado fato ou conjunto de fatos. O direito de alguém está sempre dependendo desse casamento, dessa conjugação entre uma norma e um fato ou um conjunto de fatos. Ora, a norma, o juiz presume-se que a conheça: não há dúvida. Quanto ao fato é que pode haver dúvida. Aí é que brota, aí é que nasce a necessidade da certeza. De que maneira? De maneira a permitir que se desenvolva o processo segundo rito rápido, expedito, célere, que permita uma proteção segura, uma proteção que não tarde a ser dispensada. Ora, para isso é necessário excluirmos do processo do mandado de segurança as diligências probatórias. Na medida em que tivéssemos de mandar realizar perícia, por exemplo, ou ouvir testemunhas, então evidentemente o procedimento se tornaria mais complexo e, por conseguinte, mais demorado. O que se quer é uma proteção imediata, fulminante, se possível: mas, para isso, temos de limitar o campo de admissibilidade das provas. Não há outra maneira de conciliar esses objetivos. Temos, portanto, de restringir, no processo de mandado de segurança, toda a atividade probatória ao exame de documentos, e de documentos pré-constituídos. Eis aí, afinal, a que se reduz, no consenso hoje da doutrina e da jurisprudência, esta expressão, à primeira vista um pouco enigmática: ‘direito líquido e certo’. Para fins de mandado de segurança, para a feição do cabimento desse remédio trata-se de saber se os fatos, ou o fato de que se originou o alegado direito, comportam, ou não, a demonstração mediante apresentação da prova documental pré-constituída. É esse o último, é esse o resultado final a que se chega quando se analisa a exigência de que existia um direito líquido e certo. A exigência é, na verdade, a de que o fato de que se afirma ter nascido esse direito seja suscetível de comprovação mediante documento pré-constituído.” (CÂMARA, Alexandre Freitas, Manual do Mandado de Segurança. São Paulo: Atlas, 2013. p. 92-93.)

³³⁷ DONIZETTI, Elpídio. Ações Constitucionais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 24.

³³⁸ BARROSO, Darlan; ROSSATO, Luciano Alves. Mandado de Segurança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 22.

³³⁹ FERRARESI, Eurico. Do Mandado de Segurança. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 6.

poderá decidir seu pedido sem necessidade de qualquer tipo de prova.” Nesse mesmo sentido, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz³⁴⁰ entende por direito líquido e certo “o incontestável, com fato certo e legalmente fundamentado”. Cássio Scarpinella Bueno³⁴¹ ainda assevera “por direito líquido e certo deve ser entendido aquele direito cuja existência e delimitação são claras e passíveis de demonstração documental.”

Bem acentuou o conceito processual de direito líquido e certo, o Ministro Gilmar Mendes, ao proferir decisão do Mandado de Segurança nº 31241³⁴²: “A noção de direito líquido e certo ajusta-se, em seu específico sentido jurídico-processual, ao conceito de situação decorrente de fato incontestável e inequívoco, suscetível de imediata demonstração mediante prova literal pré-constituída.”

Destaca-se que, embora a regra no Mandado de Segurança seja a impossibilidade de dilação probatória, exigindo que as provas que acompanhem a inicial sejam suficientes para comprovar a veracidade dos fatos, o art. 6º da Lei nº 12.016/2009 prevê uma exceção. Essa ressalva ocorre na hipótese 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.³⁴³ Nessas circunstâncias, não se exige que a inicial esteja acompanhada de prova pré-constituída e o juiz ordenará a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica, no prazo de dez dias.³⁴⁴

Importante mencionar ainda que o direito líquido e certo não está ligado à simplicidade do direito. Questões complexas podem ser solucionadas através do Mandado de Segurança. O que realmente importa é que, existente o direito, os fatos sejam demonstrados de plano na petição inicial, uma vez que se depender de comprovação posterior, o direito não é líquido e certo para fins de segurança e estará ausente uma das condições para a impetração da ação mandamental.³⁴⁵

Estabelecido o conceito de líquido e certo, é necessário analisar se a liquidez e certeza

³⁴⁰ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; MARCÃO, Renato; FAVRETO, Rogério; PALHARINI JÚNIOR, Sidney. Comentários à Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 41.

³⁴¹ BUENO, Cássio Scarpinella. Mandado de Segurança. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 15.

³⁴² STF, MS 31241/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 12.4.2012.

³⁴³ Artigo 6º da lei 12.016/2009 - § 1º. No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

³⁴⁴ DONIZETTI, Elpídio. Ações Constitucionais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 59.

³⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 37-38.

do direito trata-se de uma condição específica do mandado de segurança ou de uma questão de mérito da ação mandamental.

Como já disposto, as condições da ação são elementos imprescindíveis para a análise do mérito. Assim, ao declarar que o direito líquido e certo é uma condição da ação de mandado de segurança, inexistindo este, não seria possível a análise do mérito do *mandamus* e o processo seria extinto por carência de ação, sem resolução do mérito, ao passo que, se definir o direito líquido e certo como mérito do mandado de segurança, a sentença alcançará a coisa julgada material.

Alguns autores sustentam que o direito líquido e certo se manifesta em dois momentos processuais distintos na ação de mandado de segurança. Inicialmente, como condição da ação e, depois, como o próprio mérito da ação mandamental.

Nesse sentido, por exemplo, é a lição de Lúcia Valle Figueiredo Cruz³⁴⁶ que assevera que, inicialmente, o direito líquido e certo é um requisito de admissibilidade do mandado de segurança, ao lado das demais condições da ação. No momento seguinte, instruído o mandado de segurança, em que o juiz vai proferir a sentença, pode ocorrer que este verifique a inexistência da plausibilidade dos fatos que pareceram presentes inicialmente, o que resultará na extinção sem julgamento de mérito. Ainda, é possível “que a hipótese descrita na inicial não leve necessariamente àquela conclusão. Portanto, não há, pelo mérito, possibilidade de aquele impetrante vir a ser beneficiado pela concessão da ordem.”³⁴⁷

Outro estudioso a analisar o assunto foi Sérgio Ferraz³⁴⁸, afirmando que o direito líquido e certo é uma condição da ação mandamental e ao mesmo tempo seu fim último, o que significa que para que seja possível a impetração do *writ*, é necessária a verificação inicial do direito líquido e certo, do mesmo modo que apenas se concede a segurança se presente a liquidez e a certeza.

O autor ainda sustenta: “sentença que negue, ou afirme o direito líquido e certo realiza o próprio fim da ação; trata-se de uma decisão de mérito, que exaure o campo da indagação, próprio do mandado de segurança”³⁴⁹. Ferraz conclui que “a sentença que nega a existência do direito líquido e certo é verdadeira decisão de mérito, e não, apenas, declaratória de inexistência de uma condição da ação. Deve ela, por consequência, concluir pela denegação

³⁴⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Mandado de Segurança. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 17-18.

³⁴⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Mandado de Segurança. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 17-18.

³⁴⁸ FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança: individual e coletivo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 19-20.

³⁴⁹ FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança: individual e coletivo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 19.

do writ, e não pela extinção do processo sem julgamento do mérito.”³⁵⁰

Percebe-se aqui uma verdadeira contradição, já que Ferraz definiu o direito líquido e certo como uma condição da ação, mas não o tratou dessa maneira ao considerar que na ausência da liquidez e da certeza, a ação mandamental seria denegada, ao passo, que de acordo com o sistema processual brasileiro, quando se tratar da ausência de uma condição da ação, estaremos diante de uma sentença de extinção sem resolução do mérito.³⁵¹

Luana de Figueiredo Cruz adota essa mesma linha de raciocínio e aponta que o direito líquido e certo possui “dois momentos e duas medidas na análise de seu conteúdo”, já que para a impetração do mandado de segurança é imprescindível a comprovação de plano da lesão ou ameaça ao direito, ao mesmo tempo em que, para concessão da segurança, é necessária a análise do conteúdo do direito líquido e certo.³⁵²

A seu turno, Cássio Scarpinella Bueno³⁵³ reconhece o direito líquido e certo como condição da ação e aponta que a falta da liquidez e certeza gera decisão de carência de ação, sendo possível a repropositura da ação mandamental desde que superados os obstáculos que levaram à sua extinção ou, na hipótese de necessidade de dilação probatória, seja utilizado outro meio processual que o permita. Observa-se que o autor não faz nenhuma alusão ao direito líquido e certo como mérito do mandado de segurança.

O STJ, já sobre o amparo da lei 12.016/2009, em julgamento do Agravo Regimental no Recurso em Mandado De Segurança de nº 30389³⁵⁴⁻³⁵⁵, afirmou ser o direito líquido e certo uma condição da ação de mandado de segurança:

O pedido de Mandado de Segurança tem por pressuposto, requisito ou condição intransponível, a demonstração da presença inequívoca de direito individual na esmerada posição de liquidez e certeza, vale dizer, ausente esse

³⁵⁰ FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança: individual e coletivo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 20.

³⁵¹ RIBEIRO, Kepler Gomes. Direito líquido e certo no mandado de segurança: natureza jurídica e efeitos da sentença que reconhece sua inexistência. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3318/direito-liquido-e-certo-no-mandado-de-seguranca>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

³⁵² GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; MARCÃO, Renato; FAVRETO, Rogério; PALHARINI JÚNIOR, Sidney. Comentários à Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 44.

³⁵³ BUENO, Cássio Scarpinella. Mandado de Segurança. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 17-18.

³⁵⁴ STJ, AgRg no RMS 30389/CE, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgamento em 4.12.2009.

³⁵⁵ No mesmo sentido o STF já se manifestou em Recurso Extraordinário: “Recurso extraordinário: exigência de prequestionamento, no acórdão recorrido, dos temas constitucionais suscitados. 2. Mandado de Segurança: direito líquido e certo. O 'direito líquido e certo', pressuposto constitucional de admissibilidade do mandado de segurança, e requisito de ordem processual, atinente à existência de prova inequívoca dos fatos em que se basear a pretensão do impetrante e não com a procedência desta, matéria de mérito” (RE 117.936, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 20/11/1990, DJ 07/12/1990, p. 14641, Ement. Vol. 1605-02, p. 257).

elemento, o pedido mandamental se mostra improcedível, sem embargo, evidentemente, de poder ser deduzido nas chamadas vias processuais ordinárias.

Há ainda uma terceira posição que defende ser o direito líquido e certo uma questão de mérito da causa. Adepto dessa posição, Alexandre de Freitas Câmara³⁵⁶, analisa o direito líquido e certo com base nas regras do direito processual civil e afirma que a teoria da ação adotada no nosso ordenamento jurídico é a teoria da asserção e que por isso as condições da ação devem ser analisadas apenas com base nas alegações do autor na inicial.

Câmara explica que o juiz, ao receber a inicial, deverá “estabelecer um juízo hipotético de veracidade das asserções contidas na inicial e verificar se, admitidas como verdadeiras, seria o caso de acolher-se a demanda proposta.”³⁵⁷ O autor ainda esclarece “a verificação das condições da ação, pois se dá com base naquilo que tenha sido afirmado pelo demandante, sem que haja, durante seu exame, qualquer preocupação em se saber se tais afirmações são mesmo verdadeiras ou não.”³⁵⁸

Dessa forma, se as alegações do autor forem tidas como verdadeiras, consideram-se presentes as condições da ação e passa para a análise do mérito. Já na hipótese do juízo de admissibilidade negativo, estará ausente alguma das condições da ação e a demanda será extinta sem resolução do mérito.³⁵⁹

As provas, porém, serão analisadas somente quando ultrapassada a fase de verificação da presença das condições da ação. Então, como observa Câmara, “se deve considerar que qualquer decisão proferida a partir da cognição exercida sobre material probatório é uma decisão de *meritis*.”³⁶⁰ Logo, “a análise da presença ou não do direito líquido e certo se dá no plano do mérito, e não – como se tem majoritariamente sustentado – no das condições da ação.”³⁶¹

Verifica-se que a jurisprudência também se diverge sobre o tema. O STJ³⁶² imprimindo entendimento sobre o assunto, já decidiu que o direito líquido e certo é matéria relativa ao mérito do Mandado de Segurança, conforme acórdão assim ementado:

³⁵⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do Mandado de Segurança. São Paulo: Atlas, 2013. p. 100.

³⁵⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do Mandado de Segurança. São Paulo: Atlas, 2013. p. 100.

³⁵⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do Mandado de Segurança. São Paulo: Atlas, 2013. p. 102.

³⁵⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do Mandado de Segurança. São Paulo: Atlas, 2013. p. 102.

³⁶⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do Mandado de Segurança. São Paulo: Atlas, 2013. p. 103.

³⁶¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do Mandado de Segurança. São Paulo: Atlas, 2013. p. 103.

³⁶² REsp 523 / SP - RECURSO ESPECIAL: 1989/0009514-5. Relator(a) Ministro CARLOS VELLOSO (0140) - Órgão Julgador - T2 - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 18/09/1989.

Administrativo. Processual civil. Mandado de segurança. Sentença que decide pela inocorrência de direito líquido e certo: sentença de mérito. Apreciação do recurso pelo tribunal *ad quem*: possibilidade de ser completado o julgamento, se o tribunal entende incontroversos os fatos.

I- quando a sentença decide pela inocorrência de direito líquido e certo, entendendo controversos os fatos, ou porque certa circunstância deveria ter sido comprovada, decide de *meritis*. Destarte, se o tribunal *ad quem*, entendendo de modo contrário, vale dizer, entendendo incontroversos os fatos, ou que é prescindível a comprovação da circunstância que a sentença entendera de comprovação necessária, poderá completar o julgamento, praticando a operação de fazer incidir a norma de direito positivo aos fatos incontroversos, deferindo ou indeferindo a segurança, sem que isto represente violação ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Entendemos, com a análise das posições expostas, que a liquidez e certeza do direito objeto da ação de mandado de segurança trata-se de uma condição da ação.

Primeiramente destacamos que, ao contrário do que afirma Câmara, a teoria adotada no sistema processual brasileiro é a teoria eclética da ação (assunto já estudado neste capítulo). De acordo com a referida teoria, as condições da ação podem ser verificadas em qualquer fase processual, pois não são preclusivas. Assim, por se tratar a liquidez e certeza do direito uma condição específica para a impetração do mandado de segurança, verificada em qualquer momento sua ausência, o mandado de segurança será extinto sem análise do mérito.

Assevera-se que a ausência de liquidez e certeza não significa que o direito não existe, significa apenas que o impetrante não conseguiu provar de plano, com os documentos anexos a petição inicial, o direito pretendido. Assim, nada impede que o impetrante tenha acesso a novas provas que demonstrem de imediato o direito pleiteado e proponha novamente ação de mandado de segurança. Ou ainda, se constatado a necessidade de dilação probatória, poderá o interessado utilizar outro meio processual para a tutela do direito violado.

Porém, o direito líquido e certo não é apenas a condição da ação é também o mérito da ação mandamental. Isso porque, no momento do julgamento do mérito, o que será considerado para denegar ou conceder a segurança é exatamente o conteúdo do direito líquido e certo.

Dessa forma, em um primeiro momento, verificada a plausibilidade da existência do direito líquido e certo, esta é uma especial condição da ação do mandado de segurança, ou seja, um requisito de admissibilidade. Entretanto, em um segundo momento da ação mandamental, em que já houve uma cognição completa, o conteúdo do direito líquido e certo

é o próprio mérito do mandado de segurança.³⁶³

Analisadas as condições da ação do mandado de segurança coletivo, adentramos ao tema específico do nosso trabalho: legitimidade processual no mandado de segurança coletivo.

³⁶³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Mandado de Segurança. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 17.

5 LEGITIMIDADE ATIVA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

A legitimidade ativa coletiva no ordenamento jurídico brasileiro é indicada na lei. Portanto, inicialmente, são legitimados a impetração do mandado de segurança coletivo apenas aqueles a quem a lei confiou tal prerrogativa.

Além da necessidade de previsão na legal, a legitimação coletiva possui três características que merecem destaque: a legitimidade é autônoma, concorrente e disjuntiva. É *autônoma*, já que o legitimado está autorizado a conduzir o processo independentemente do titular do direito tutelado. É *concorrente*, pois há mais de um legitimado à propositura da ação coletiva e qualquer um deles, sem ordem de preferência, pode propor a ação coletiva. E, finalmente, é *disjuntiva*, pois, apesar de concorrente, cada um dos legitimados atua independentemente da vontade e da autorização dos demais legitimados.

Referente ao Mandado de Segurança Coletivo a Constituição da República de 1988 e a Lei 12.016/2009 estabelecem que os partidos políticos, as associações, as entidades de classe e as organizações sindicais possuem legitimidade para impetração do *mandamus*.

Entretanto, é importante analisar se esse rol seria apenas taxativo ou exemplificativo, sendo possível, nesse caso, a ampliação dos legitimados com base nas normas que disciplinam o processo coletivo no Brasil.

A seguir, examinaremos o alcance da legitimidade ativa com base na interligação das normas processuais que disciplinam as ações coletivas, atentando-se principalmente a não restringir à literalidade das disposições legais.

Destaca-se que esse exame será realizado atendendo a exigência de que o legitimado deve estar indicado legalmente, visto que a pesquisa observará as disposições das normas que compõe microssistema comum do direito processual coletivo.

5.1 Princípios processuais aplicados à tutela coletiva no âmbito da legitimidade ativa

As constantes transformações que passa a sociedade refletem diretamente no ordenamento jurídico, o qual deve sempre acompanhá-las. Para tanto é imprescindível à atualização das normas a existência de instrumentos capazes de assimilar tais modificações.

Assim, com o objetivo acompanhar essas frequentes mudanças, bem como garantir a aplicabilidade e a efetividade das normas jurídicas frente aos anseios atuais da sociedade,

verifica-se a importância do estudo dos princípios, como normas norteadoras da aplicação do direito.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello³⁶⁴ princípio é um:

(...) mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

No plano do direito processual coletivo, em virtude de sua natureza singular, a legislação brasileira acolhe além dos princípios do processo individual, princípios fundamentais das ações coletivas. Não obstante, nem sempre esses princípios estarão expressos no ordenamento jurídico, podendo existir de forma implícita.

De tal modo, para o estudo das ações coletivas, com ênfase na legitimidade ativa, é fundamental a análise do princípio da presunção da legitimidade “*ad causam*” ativa pela afirmação do direito, princípio da máxima efetividade do processo coletivo, princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum e princípio da flexibilização das técnicas processuais. Passamos, então, a abordar cada um desses princípios sucintamente, como base norteadora para o estudo da legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo.

5.1.1 Princípio da presunção da legitimidade “*ad causam*” ativa pela afirmação do direito

O princípio da presunção da legitimidade “*ad causam*” ativa pela afirmação do direito decorre de dispositivos do texto constitucional e da legislação infraconstitucional.

Em relação a legitimidade do Ministério Público, principal legitimado ativo para a propositura de ações coletivas³⁶⁵, estabelece o art. 127, caput, da CR/88, que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”. Com base no referido dispositivo constitucional, conforme explica Gregório

³⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 912-913.

³⁶⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra. Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 574.

Assagra de Almeida, “basta a afirmação de direito social para decorrer naturalmente a sua legitimidade.”

Nesse mesmo sentido segue o art. 129 da CR/88 que ao dispor que sobre as funções institucionais do MP determina que compete a este “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;” . Assim sendo, de maneira semelhante ao art. 127, é suficiente que o Ministério Público afirme a existência de um direito coletivo que sua legitimidade é presumida.³⁶⁶ Dessa forma, conforme lição de Assagra³⁶⁷ “não há a necessidade de questionar a real titularidade do direito coletivo defendido, para se aferir a legitimidade.”

O princípio da presunção da legitimidade “*ad causam*” ativa pela afirmação do direito não é restrito a legitimidade do Ministério Público, se aplicando aos outros legitimados ativos coletivos, em face da disposição do art. 129, §1º, da CR/88³⁶⁸, o art. 82 do Código de Defesa do Consumidor³⁶⁹ e o art. 5º da Lei de Ação Civil Pública³⁷⁰. Isto porque os referidos dispositivos legais prevêm a legitimidade de outros entes para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Assim, da mesma forma que o MP, basta que os demais legitimados para as ações coletivas afirmem um direito transindividual, que sua legitimidade é presumida.³⁷¹

³⁶⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra. Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 574.

³⁶⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra. Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 574.

³⁶⁸ Art. 129 § 1º CR/88- A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

³⁶⁹ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. § 1º O requisito da pré- constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

³⁷⁰ Art. 5º Lei de Ação Civil Pública: Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil. b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

³⁷¹ ALMEIDA, Gregório Assagra. Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 574.

5.1.2 Princípio da máxima efetividade do processo coletivo

O princípio da máxima efetividade do processo coletivo está implícito no art. 5º, XXXV, da CR/88 e garante amplo acesso à justiça ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”. O referido princípio também pode ser visualizado no art. 5º, §1º, que defini a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. E ainda no art. 83 do CDC, acoplado com o art. 21 da LACP.³⁷²

Em razão do art. 83 do CDC e art. 21 da LACP, para o princípio da máxima efetividade do processo coletivo, o legitimado das ações coletivas deve utilizar os instrumentos e meios para que a tutela dos direitos metaindividuais seja de fato efetiva (decorrente do princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva).³⁷³

De acordo com Gregório Assagra de Almeida³⁷⁴ o princípio em exame “decorre da necessidade de efetividade real do processo coletivo, não meramente formal. Assim, o processo coletivo deve revestir-se de todos os instrumentos necessários para que seja efetivo.”

Importante mencionar que para a aplicação prática do princípio da máxima efetividade é necessário observar o devido processo legal, que, por sua vez, deverá seguir as regras gerais e básicas sobre direito processual coletivo comum decorrentes da completa interação dos diplomas que compõe o microssistema processual coletivo, em especial o CDC e a LACP.³⁷⁵

5.1.3 Princípio da Máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum

O princípio da Máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum decorre do disposto no art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, em combinação com o artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública.³⁷⁶

³⁷² ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 576.

³⁷³ ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 576.

³⁷⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 576.

³⁷⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 576.

³⁷⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 578.

Segundo o art. 83 do CDC “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”, reafirmando o disposto no referido dispositivo legal, o art. 21 da LACP dispõe que “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.”

Assim, é possível a utilização de toda e qualquer espécie de ação, inclusive o mandado de segurança coletivo, para assegurar a defesa correta e efetiva dos direitos transindividuais. Em outras palavras, conforme leciona de Gregório Assagra de Almeida³⁷⁷, “todos os instrumentos processuais necessários e eficazes poderão ser utilizados na tutela jurisdicional coletiva”.

Assagra³⁷⁸, ainda, aponta que por força do princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum “cabe ação de conhecimento, com todos os tipos de provimento (declaratório, condenatório, constitutivo e mandamental), ação de execução, em todas as suas espécies, ação cautelar e respectivas medidas de efetividade pertinentes.”, para a efetiva e adequada tutela coletiva de direitos.

Portanto, verifica-se uma demanda eficaz para a defesa dos direitos transindividuais, quando há um procedimento adequado e hábil para a concretização das pretensões. A finalidade fundamental é que seja utilizado o instrumento processual que garanta um resultado mais efetivo.

5.1.4 Princípio da flexibilização das técnicas processuais

Pelo princípio da flexibilização das técnicas processuais devem ser evitadas interpretações extremamente técnicas das normas processuais, devendo prevalecer a efetividade do direito.

Assim, conforme assevera Elpidio Donizetti e Marcelo Malheiros Cerqueira³⁷⁹, “a menos que haja prejuízo injustificado para uma das partes, recomenda-se o abandono da técnica processual em prol de efetivação do direito coletivo em discussão, evitando-se, sempre que possível, decisões meramente processuais.”

³⁷⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 578.

³⁷⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 578.

³⁷⁹ DONIZETTI, Elpidio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 94-95.

Antônio Gidi³⁸⁰ nesse contexto pondera que “ainda que pareça contraditório, o ‘rigoroso’ em matéria de direito processual coletivo é ser flexível. O operador que não for flexível não estará atuando com rigor técnico e científico.”

Ao seu turno, Gregório Assagra de Almeida³⁸¹ nos ensina:

a melhor interpretação, a partir da teoria dos direitos e garantias fundamentais, é aquela que propõe uma interpretação de coordenação do sistema, visando o pleno diálogo entre as diversas fontes legislativas, de forma a alcançar maior eficácia social da norma e da decisão proferida diante do caso concreto.

Portanto, as regras do direito processual coletivo devem ser interpretadas e aplicadas de modo a garantir máxima efetividade ao direito e para isso é necessário meios processuais aptos e capazes. Dessa forma, devemos fazer uma leitura das técnicas processuais de modo flexível e aberto, evitando o emprego excessivamente técnico das regras no processo coletivo, visto que esse rigor é incompatível com a tutela de direitos transindividuais.

5.1 Legitimidade do partido político

O partido político é parte legítima para impetrar mandado de segurança coletivo de acordo com o artigo 5º, inciso LXX da Constituição da República e artigo 21 da lei 12.016/2009.

A doutrina discute se essa legitimidade seria ampla ou restritiva em relação aos sujeitos que serão protegidos e a matéria a ser tutelada. Em outras palavras há uma questão controversa em relação à legitimidade dos partidos políticos que consiste na necessidade ou não de existir pertinência temática. A discussão se fundamenta nos argumentos de que a tutela jurídica seria apenas em relação aos filiados do partido político ou para todas as pessoas interessadas no objeto da ação e, ainda, se o ajuizamento se restringiria à sua legitimação aos direitos políticos.

Observa-se que a única restrição prevista na Constituição da República de 1988 é que o partido político deve estar representado no Congresso Nacional, enquanto às entidades de

³⁸⁰ GIDI, Antônio. Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 182, nota 427.

³⁸¹ ALMEIDA, Gregório Assagra; CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. Mandado de Segurança. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63.

classe, às organizações sindicais e às associações foi restringido o dever de agir em defesa de seus membros e associados. Dessa forma, como afirma Humberto Theodoro Júnior³⁸² “não há razão para limitar sua legitimação aos direitos políticos e aos interesses de seus filiados.”

Teori Albino Zavascki analisa as particularidades dos partidos políticos e esclarece que estes “não têm como razão de ser a satisfação de interesses ou necessidades particulares de seus filiados, nem são eles o objeto das atividades partidárias.”³⁸³ Para o autor os partidos políticos buscam objetivos externos, que podem ou não estar relacionados aos interesses de seus filiados, enquanto as associações visam a objetivos internos, relacionados aos seus membros.³⁸⁴ Albino Zavascki completa “que o objeto das atenções partidárias são os membros da coletividade em que atuam, independentemente da condição de filiados.” O que implica dizer que a legitimidade dos partidos políticos para impetrar mandado de segurança coletivo abrange a defesa do direitos daqueles que são filiados ou não.

Nesse mesmo sentido, Hermes Zaneti Júnior pondera que a legitimação dos partidos políticos para propor mandado de segurança coletivo é prevista em letra diferente dos demais legitimados: “às entidades de classe e demais legitimados da alínea “b” foi imposta a restrição de agir ‘em defesa dos interesses dos seus membros e associados. Aos partidos políticos, no entanto, não foi imposta nenhuma condição além da representação no Congresso Nacional’”³⁸⁵. Destarte, caso o legislador quisesse restringir a legitimidade do partido político, seria desnecessário fazer essa divisão.

Zaneti ainda assevera³⁸⁶:

À legitimação ampla pelos partidos políticos não se pode opor dúvida razoável, seja pela topologia, separação entre as alíneas, do que decorre a amplitude subjetiva, seja pela insubsistência das teses que propugnam a limitação quanto à matéria, que acabam sempre por reduzir a norma constitucional com argumentos empíricos. Assim, inclina-se, neste estudo, pela substituição processual ampla em defesa de qualquer dos direitos coletivos *lato sensu* elencados o artigo 81 do CDC e pelo limite material largo, agindo o writ coletivo como instrumento de controle da “legalidade objetiva.

³⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Mandado de Segurança. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 51.

³⁸³ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 197.

³⁸⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 197.

³⁸⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Mandado de Segurança Coletivo: aspectos processuais controversos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 114.

³⁸⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Mandado de Segurança Coletivo: aspectos processuais controversos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 123.

Para Roberto Eurico Schmidt Júnior³⁸⁷ a única restrição é a “(...) necessidade de o partido político possuir representação no Congresso Nacional.”. Adepto da corrente ampliadora da legitimidade dos partidos políticos Sérgio Ferraz³⁸⁸ aduz que há “necessidade de sempre se dar interpretação elástica às normas referentes ao Mandado de Segurança (...)”, não devendo limitar a legitimidade aos interesses de seus membros e a fins políticos.

As primeiras redações do Anteprojeto Subcomissão de Garantia da Constituição, Reforma e Emendas³⁸⁹, da Assembleia Nacional Constituinte, referentes ao mandado de segurança coletivo, dispunham para os partidos políticos os mesmos requisitos exigidos para associações, entidades de classe e organizações sindicais: legitimidade restrita à defesa de seus membros e associados. Entretanto, como explicado por José Afonso da Silva³⁹⁰, “houve (...) reação ao enquadramento dos partidos nesses limites da legitimação de onde, em negociação de lideranças, transpor-se aquela cláusula para o final da alínea b, vinculada apenas às entidades ali referidas”.

Conforme dito anteriormente, a doutrina não é coesa no sentido da extensão da legitimidade dos partidos políticos. Ao contrário do já exposto, há doutrinadores que se posicionam a favor da restrição da impetração do mandado de segurança coletivo por partido político em relação à matéria e às pessoas tuteladas.

Um dos argumentos apresentados é que a matéria está restrita ao disposto na Lei Orgânica de Partidos Políticos: a defesa do regime democrático e da tutela de direitos humanos fundamentais (Lei 9.096/1995³⁹¹). Além disso, sustentam que deve haver vínculo entre o estatuto do partido e sua atuação, e deve ser limitado à defesa de seus membros e filiados.

Entretanto, o que ocorre de fato é que a finalidade dos partidos políticos disposta no

³⁸⁷ SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. Mandado de Segurança: doutrina, legislação, jurisprudência, prática. 6. ed. Curitiba: Juruá, 1993. p. 29.

³⁸⁸ FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança: individual e coletivo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 39-40.

³⁸⁹ Anteprojeto Subcomissão de Garantia da Constituição, Reforma e Emendas. Relator: Deputado Constituinte Nilton Friedrich. art. 29 - O mandado de segurança coletivo, para proteger direito líquido e certo não amparado por "habeas corpus", pode ser impetrado por partidos políticos, organizações sindicais, órgãos fiscalizadores do exercício de profissão, associações de classe e associações legalmente constituídas e em funcionamento há, pelo menos, um ano, na defesa dos interesses de seus membros ou associados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidadao-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/comissao-da-organizacao-eleitoral-partidaria-e/subcomissao4c>. Acesso em: 13 ago. 2013.

³⁹⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 460, nota 6.

³⁹¹ Lei 9.096/1995 - Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. - Art. 1º 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.

artigo 1º da Lei Orgânica, abrange quase todos os direitos possíveis de tutela coletiva³⁹², uma vez que “destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal”. Como bem afirma Darlan Barroso e Luciano Alves Rossato, “o partido político tem, para a Constituição da República, a característica de instrumento indispensável à preservação do Estado Democrático de Direito.”

A respeito aduz Gregório Assagra de Almeida: “pelo que se extrai dos dispositivos citados, o partido político é possuidor de legitimidade coletiva ampla para buscar a tutela jurisdicional de todas as espécies de direitos coletivos.”

Ademais, a maioria dos partidos políticos prevêem em seus estatutos como finalidade partidária a defesa dos interesses sociais, políticos, econômicos, jurídicos, culturais, ou seja, assumem defesas dos direitos coletivos da sociedade em geral.³⁹³

Assim, o entendimento de que a atuação do partido político limitada às finalidades impostas pela lei orgânica nº 9.096/1995 e pelos estatutos partidários de forma geral, não restringe a atuação dos partidos políticos apenas aos direitos dos seus membros, mas sim vincula todos e qualquer direito transindividual.

Com base no já exposto, o artigo 21 da Lei 12.016/2009 representa um verdadeiro retrocesso, uma vez que restringe a atuação dos partidos políticos à “defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária”. A inovação além de significar um declínio ao Mandado de Segurança Coletivo, é inconstitucional, uma vez que a Constituição da República limita a legitimidade dos partidos políticos apenas à representação no Congresso Nacional³⁹⁴. Para Eurico Ferraresi³⁹⁵ “o legislador infraconstitucional não pode

³⁹² ROQUE, André Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. Aspectos Polêmicos do Mandado de Segurança Coletivo: evolução ou retrocesso? Revista de Processo, v. 203, p. 39. jan. 2012.

³⁹³ Estatuto do PSDB – ART 3º - O PSDB tem como base a democracia interna e a disciplina e, como objetivos programáticos, a consolidação dos direitos individuais e coletivos; o exercício democrático participativo e representativo; a soberania nacional; a construção de uma ordem social justa e garantida pela igualdade de oportunidades; o respeito ao pluralismo de ideias, culturas e etnias; e a realização do desenvolvimento de forma harmoniosa, com a prevalência do trabalho sobre o capital, buscando a distribuição equilibrada da riqueza nacional entre todas as regiões e classes sociais. Estatuto PMDB – ART. 2º - O PMDB exerce suas atividades políticas visando à realização dos objetivos programáticos que se destinam à construção de uma Nação soberana e à consolidação de um regime democrático, pluralista e socialmente justo, onde a riqueza criada seja instrumento de bem-estar de todos. Estatuto PT – ART. 1º - O Partido dos Trabalhadores (PT) é uma associação voluntária de cidadãos e cidadãs que se propõem a lutar por democracia, pluralidade, solidariedade, transformações políticas, sociais, institucionais, econômicas, jurídicas e culturais, destinadas a eliminar a exploração, a dominação, a opressão, a desigualdade, a injustiça e a miséria, com o objetivo de construir o socialismo democrático. As transcrições de todos os estatutos foram verificadas diretamente na página dos partidos políticos.

³⁹⁴ FERRARESI, Eurico. Do Mandado de Segurança. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 104.

³⁹⁵ FERRARESI, Eurico. Do Mandado de Segurança. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 104.

criar limitações que a Constituição não criou.” André Vasconcelos Roque e Francisco Carlos Duarte³⁹⁶, nesse mesmo sentido, asseveram que “não se podiam ter criado requisitos de admissibilidade que a Constituição não consagrou.”.

Ferraresi³⁹⁷ qualifica a inovação como lamentável e explica que “para a defesa de interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, não haveria necessidade da modalidade coletiva. A técnica individual é – e sempre foi – suficiente para tanto.” O que para o autor significa que a legitimação dos partidos políticos para propor mandado de segurança coletivo não representaria nenhuma inovação com as restrições impostas pelo art. 21 da Lei 12.016/2009. Ada Pellegrini Grinover³⁹⁸ também se posicionou no sentido de que “o interprete, assim como o futuro legislador, não podem estabelecer em outros obstáculos à legitimação, que não os decorrentes da Constituição.”

Não se pode concordar com a análise da posição restritiva, uma vez que como já apresentado, a própria Constituição teve o cuidado de dividir os legitimados em alíneas diferentes, impondo ao partido político apenas a representação no Congresso Nacional e apenas aos demais legitimados – entidade de classe, associações e sindicatos - a defesa apenas de seus membros e filiados.

No que toca o art. 21 da lei 12.016/2009, a única maneira de aplicar esse dispositivo legal é interpretá-lo de forma amplíssima, abrangendo todos os interesses sociais, políticos, econômicos e jurídicos que se encontrem contemplados na Lei Orgânica dos Partidos Políticos e no estatuto de cada instituição.³⁹⁹

A jurisprudência também apresenta entendimentos diferentes sobre a matéria. O STJ já se pronunciou a respeito nos Embargos de Declaração no MS 197 / DF⁴⁰⁰, em 1990, asseverando que a atuação dos partidos políticos estaria restrita ao interesse de seus filiados⁴⁰¹, não havendo nenhum posicionamento mais recente sobre a matéria nesta Corte. O

³⁹⁶ ROQUE, André Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. Aspectos Polêmicos do Mandado de Segurança Coletivo: evolução ou retrocesso? Revista de Processo, v. 203, p. 39. jan. 2012.

³⁹⁷ FERRARESI, Eurico. Do Mandado de Segurança. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 104.

³⁹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança Coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada. Revista de Processo, vol. 58, p. 75, abr. 1990 DRT/69.

³⁹⁹ ROQUE, André Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. Aspectos Polêmicos do Mandado de Segurança Coletivo: evolução ou retrocesso? Revista de Processo, v. 203, p. 39. jan. 2012.

⁴⁰⁰ Embargos de Declaração no Mandado de Segurança - 1989/0009631-1. Relator(A) Ministro Garcia Vieira (1082). Órgão Julgador S1 - Primeira Seção. Data do Julgamento 11/09/1990. Data da Publicação/Fonte DJ 15/10/1990. p. 11182.

⁴⁰¹ 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

STF, por sua vez, nas ações de controle de constitucionalidade, já se posicionou de forma pacífica no sentido de que não se aplica o requisito da pertinência temática para os partidos políticos⁴⁰². Em relação ao Mandado de Segurança Coletivo, no julgamento do Recurso Extraordinário 196.184/Amazonas, a relatora Ministra Ellen Gracie afirmou que os partidos políticos teriam legitimização Universal para a defesa de quaisquer direitos pela via mandamental coletiva. Porém, a questão foi superada por entender que a majoração de tributos discutido no *mandamus* poderia ser questionada apenas individualmente e não existe uma posição definitiva do STF sobre a matéria até o momento.

Com relação à exigência, tanto Constitucional como da lei infraconstitucional que regulamenta o Mandado de Segurança Coletivo, de representatividade do Partido Político no Congresso Nacional, primeiramente devemos considerar que basta um representante. Como o Congresso Nacional é formado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, basta que o partido político tenha um representante em qualquer uma das casas.⁴⁰³

No entanto, para que se cumpra tal requisito, não se pode interpretar o dispositivo legal *ipsis litteris*. Luiz Manoel Gomes Júnior⁴⁰⁴ entende “que a exegese da norma não pode ser literal, sob pena de reduzir a eficácia do dispositivo e sua própria finalidade.”

A melhor interpretação do dispositivo é examinar a amplitude da matéria que se busca tutela jurisdicional. Assim, se a matéria for de âmbito nacional, ou envolver vários estados, o partido político deverá ter um representante no Congresso Nacional (Câmara dos Deputados ou Senado Federal). Se o tema alcançar apenas um estado será exigida a representação na Assembleia Legislativa. Por fim, se a matéria for exclusivamente local, o partido deverá ter um representante na Câmara dos Vereadores.

Nesse sentido, Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogério Favreto afirmam que “na expressão ‘representação no Congresso Nacional’, deve-se ler ‘representação na Assembleia

difusos e sim direito de natureza política, como por exemplo, os previstos nos artigos 14 a 16 da Constituição Federal. Embargos rejeitados.

⁴⁰² ADI 1626 MC / DF - DISTRITO FEDERAL - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE -Julgamento: 14/08/1997 - EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: partidos políticos: legitimização ativa que não depende do requisito da pertinência temática: precedentes.

⁴⁰³ De acordo com o Diário da Assembleia Nacional Constituinte o artigo referente ao mandado de Segurança Coletivo, já teve redação que detalhava que o partido político deveria ter representação na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal. Vejamos: Art. 6º, §50 O mandado de Segurança Coletivo pode ser impetrado por partido político, com representação na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, organização sindical, entidade de classe ou qualquer associação legalmente constituída, em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou filiados.

⁴⁰⁴ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; MARCÃO, Renato; FAVRETO, Rogério; PALHARINI JÚNIOR, Sidney. Comentários à Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 218.

Legislativa’, quando o tema for estadual ou ‘representação na Câmara dos Vereadores’, quando o tema for exclusivamente local.”⁴⁰⁵

Para André Vasconcelos Roque e Francisco Carlos Duarte⁴⁰⁶, ao se verificar a extensão da questão postulada e definir qual casa legislativa deve estar representada faz com que “o requisito deixe de ser uma questão meramente formal para se transformar em parâmetro de aferição da maior ou menor vinculação do legitimado com a questão, ou, em outras palavras, para que se possa constatar a sua representatividade adequada.”

Importante salientar a hipótese da perda superveniente de representatividade do partido político no Congresso Nacional. O STF já decidiu o assunto em sede de Controle abstrato de Constitucionalidade⁴⁰⁷ no sentido de que a perda de representação no Congresso Nacional, superveniente à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, não implicaria a extinção da ação, uma vez que a verificação da legitimidade deve ser realizada no momento da propositura da ação e não em um momento posterior. Entendemos que essa conclusão também deverá ser aplicada para os casos de Mandado de Segurança coletivo, sendo este também o entendimento de Gregório Assagra de Almeida⁴⁰⁸.

Entretanto, para André Vasconcelos e Francisco Carlos Duarte, a averiguação da legitimidade deve ser verificado em todas as fases do processo e não apenas na fase inicial da impetração, “sob pena de colocar em risco os interesses da coletividade”⁴⁰⁹. Contudo, os autores propõem que o *mandamus* não deve ser extinto, mas deverá ser aplicado de forma subsidiária o disposto no art. 5º, §3º da Lei 7.347/1985, devendo o Ministério Público assumir a titularidade ativa no lugar do partido político que perder representatividade parlamentar.

⁴⁰⁵ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel ; FAVRETO, Rogério. Mandado de Segurança Coletivo - Legitimidade e objeto - Análise dos seus principais aspectos. Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 898, p. 79-112, 2010.

⁴⁰⁶ ROQUE, André Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. Aspectos Polêmicos do Mandado de Segurança Coletivo: evolução ou retrocesso? Revista de Processo, v. 203, p. 39. jan. 2012.

⁴⁰⁷ STF - ADIn 2159 - Na sessão plenária de 12.08.2004: decisão referente ao AgRg na ADI: o Tribunal, por maioria, deu provimento ao agravo, no sentido de reconhecer que a perda superveniente de representação parlamentar não desqualifica o partido político como legitimado ativo para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Vencidos os senhores Ministros Carlos Velloso, relator, e Celso de Mello. Votou o presidente, o senhor ministro Nelson Jobim. Redigirá o acórdão o senhor ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, a senhora Ministra Ellen Gracie. / Decisão referente ao mérito da ADI: o Tribunal, por unanimidade, declarou a prejudicialidade da ação, face a superveniência da Emenda Constitucional nº 41/2003, que alterou o inciso XV do artigo 48 da Constituição Federal, na redação que havia sido dado pela EC nº 19. votou o presidente, o senhor Ministro Nelson Jobim. ausente, justificadamente, a senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 12.08.2004.

⁴⁰⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra. Manual das Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 602.

⁴⁰⁹ ROQUE, André Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. Aspectos Polêmicos do Mandado de Segurança Coletivo: evolução ou retrocesso? Revista de Processo, v. 203, p. 39. jan. 2012.

Nesse contexto, Darlan Barroso e Luciano Alves Rossato⁴¹⁰ defendem que pelo fato de a legitimidade das partes se tratar de uma condição da ação, deve ser analisada em todas as fases processuais, uma vez que na sua ausência teríamos carência de ação. Assim, para os autores, caso o partido político perca representatividade parlamentar, deixa de ser parte legítima e a tutela jurídica deve ser extinta, não cabendo ao Ministério Público assumir o controle da ação.

Entendemos que a melhor interpretação é aquela que defende que a representação do partido político deve ser verificada apenas no momento da propositura da ação, não existindo a necessidade de verificação nas fases posteriores. Isso porque se trata de um requisito da petição inicial e perda superveniente da representação não é suficiente para extinguir a ação, uma vez que a necessidade da tutela não deixa de existir, ou seja, o interesse dos partidos políticos no objeto da tutela coletiva não se justifica apenas com a sua representatividade parlamentar, mas sim com o seu interesse na defesa de direitos coletivos que foram violados. Devemos, assim, considerar a efetividade do direito pleiteado e não somente a literalidade da lei.

Enfim, a tese mais adequada, com base no texto constitucional, é a legitimidade ampla dos partidos políticos, já que se trata de defensores do regime democrático e participativo, o que significa que os partidos políticos têm legitimidade para tutela de qualquer dos direitos previstos no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor e, com isso, não haverá restrição em relação à matéria tutelada e aos sujeitos. A única restrição é a disposta na lei: a representação no Congresso Nacional no momento da postulação da ação, deve-se atentar à extensão da matéria postulada, para assim definir o representante adequado.

5.2 Legitimidade da organização sindical, entidade de classe ou associação.

A alínea “b”, inciso LXX, do art. 5º da Constituição da República arrola a organização sindical, entidade de classe e associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, como legitimados ativos para impetrar o Mandado de Segurança Coletivo, para defesa do interesse de seus membros ou associados. O artigo 21 da Lei 12.016/2009 que regulamenta o Mandado de Segurança acrescenta, em relação ao art. 5º, LXX, b, da CR/88, que a legitimidade está vinculada à forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas

⁴¹⁰ BARROSO, Darlan; ROSSATO, Luciano Alves. Mandado de Segurança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 96-97.

finalidades.

Absorve do texto legal que é necessário garantir requisitos mínimos para a legitimação. A primeira exigência que podemos extrair é que a legitimidade da organização sindical, da entidade de classe e da associação está restrita “à forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades”. Assim, para serem consideradas partes legítimas, é indispensável que haja identidade entre o objeto do *mandamus* e os seus fins institucionais⁴¹¹, ou seja, é necessário comprovar a existência de pertinência temática, requisito este que, segundo Elpidio Donizetti⁴¹², “deverá ser demonstrado logo na petição inicial, inclusive com a apresentação dos estatutos da associação, documento por meio do qual se podem conhecer seus fins institucionais.”

A legitimidade, ainda, fica restrita à defesa dos membros e filiados das associações, entidades de classe e organização sindical, não sendo possível a impetração do mandado de segurança coletivo para defesa de estranhos ao quadro dessas entidades.

Teori Albino Zavascki⁴¹³ pondera que esse limite imposto pelo legislador se motiva no fato de que não basta que o autor detenha legitimidade, é indispensável que tenha também interesse. O interesse processual é aplicado ao substituto processual, que deverá mostrar interesse próprio, distinto e cumulado com o do substituído.⁴¹⁴

Nesse mesmo sentido, Celso Agrícola Barbi⁴¹⁵ explica que não há “razão para que uma associação ou entidade criada com determinadas finalidades e para defesa de interesses de seus membros ou associados passe a atuar com finalidades não previstas em seus estatutos e para defender pessoas estranhas aos seus quadros.” Hermes Zaneti Júnior⁴¹⁶ pondera que “não se poderá imaginar mandado de segurança coletivo, impetrado pelas entidades legitimadas, contra interesse dos seus associados ou onde não ocorra nenhuma vantagem aos associados.” O mesmo autor ainda afirma que “não se pode impetrar mandado de segurança coletivo (...) pela simples vontade da direção da entidade ou do advogado que a representa. Deve haver interesse dos associados, dos membros, o *mandamus* coletivo tem como escopo

⁴¹¹ DONIZETTI, Elpidio. Ações Constitucionais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 37-38.

⁴¹² DONIZETTI, Elpidio. Ações Constitucionais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 38.

⁴¹³ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 198.

⁴¹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 199.

⁴¹⁵ BARBI, Celso Agrícola. Do Mandado de Segurança. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 296.

⁴¹⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Mandado de Segurança Coletivo: aspectos processuais controversos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 125.

sua proteção.”⁴¹⁷ José Cretella Júnior⁴¹⁸, ao dispor sobre o assunto, ressaltou que as entidades de classe podem impetrar mandado de segurança “em defesa de seus membros ou associados, desde que tais interesses sejam interesses qualificados, pretensões resguardadas ou protegidas por norma jurídica expressa.”

Entretanto, Ada Pellegrini Grinover⁴¹⁹, ao manifestar sobre o tema, asseverou que “as únicas restrições que exsurtem da Constituição são a ausência de pré-constituição da associação, há pelo menos um ano, e a falta de observância das condições legais para sua constituição.”, descartando a necessidade da defesa ser limitada aos objetivos para que foram criadas e a defesa restrita aos seus membros e filiados.

Apesar da afirmação de Grinover, entendemos que a legitimidade das associações, entidades de classe e organizações sindicais está restrita às suas finalidades e aos interesses de seus membros, sendo esta a posição a que se adere a maioria expressiva dos juristas. Primeiro porque o artigo 5º, LXX, da CR/88 fala expressamente da pertinência temática, o que não é verificado em relação aos partidos políticos. Ademais uma associação, ou sindicato, ou entidade de classe especializada em determinada matéria defende de maneira mais eficaz e técnica o assunto de sua especialidade. Há ainda o art. 8º, inciso III, da CR/88 que estabelece que aos sindicatos cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria. Por último, há quem entende que haveria desvio de finalidade se defenderem questões não atinentes a seus estatutos e pessoas que não sejam membros ou filiados. Em todo caso, independente dos fundamentos, a redação do artigo 21 da Lei 12.016/2009 reforça a posição restritiva quanto às exigências para concretização da legitimidade ativa das organizações sindicais, entidade de classe e associações.

É importante destacar que é exigido das associações tempo mínimo de um ano de pré-constituição e funcionamento para a impetração de mandado de segurança coletivo. Gregório Assagra de Almeida⁴²⁰, Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogério Favreto⁴²¹, Sergio Ferraz⁴²² sustentam que a pré-constituição é exigida somente das associações. O Tribunal Regional

⁴¹⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Mandado de Segurança Coletivo: aspectos processuais controversos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 130.

⁴¹⁸ CRETILLA JÚNIOR, José. Do Mandado de Segurança Coletivo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990. p. 71.

⁴¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança Coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada. Revista de Processo, vol. 58, p. 75, abr. 1990 DRT/69.

⁴²⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra. Manual das Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 604.

⁴²¹ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FRAVETO, Rogério. O Projeto da Nova Lei da Ação Civil Pública: aspectos principais. Revista Internacional de Estudos de Derecho Procesal y Arbitrage, nº 1, 2010.

⁴²² FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança: individual e coletivo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 37.

Federal⁴²³ da 1ª Região já decidiu no sentido da não exigência de prazo mínimo para os sindicatos e entidades de classe: “Não exige a norma constitucional que o sindicato e entidade de classe estejam em funcionamento há mais de um ano para terem legitimidade para impetração do mandado de segurança coletivo. A exigência é tão-só para a associação, como deflui da simples leitura do texto.”

Em sentido contrário, José Cretella Júnior⁴²⁴ e Pedro Lenza⁴²⁵ admitem caráter obrigatório da pré-constituição para as entidades de classe e aos sindicatos.

Entendemos que, pela simples leitura do texto, verifica-se que essa condição é restrita às associações, ou seja, a legitimidade das organizações sindicais e das entidades de classe não está condicionada ao requisito da prévia constituição e funcionamento.

Os motivos que fundamentam essa exigência é a facilidade para criar uma associação: as formalidades são mínimas, tratando-se apenas da união de pessoas. Dessa forma, se não houvesse o quesito do tempo mínimo de constituição e funcionamento, poderia ser instituída apenas com a finalidade de impetrar Mandado de Segurança Coletivo, o que geraria insegurança jurídica. Gomes Júnior e Favreto⁴²⁶ explicam que “tal disciplina normativa, de inegável acerto, tem como objetivo evitar a criação de associação *ad hoc*, apenas com a finalidade de ajuizar determinada ação coletiva, desvirtuando o sistema”. Zaneti Júnior⁴²⁷, no mesmo sentido, pondera que “tal foi necessário para impedir a manobra nefasta que poderia resultar de uma impetração açodada, em nome de uma associação constituída *post factum*, ou da impetração em colusão com os interesses da administração, para obtenção de uma sentença desfavorável.”

No entanto, apesar da lei 12.016/2009 não ter contemplado a hipótese de dispensa da pré-constituição e funcionamento, deve-se apreciar o disposto no art. 5º, §4º, da Lei 7.347/1985 e o art. 82, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, considerando que as normas que regulam as ações coletivas formam um microssistema comum do direito processual coletivo e que o dispositivo em questão está ligado à efetividade da tutela coletiva. Assim, “se existente manifesto interesse social, entendido esse como relacionado com a dimensão ou

⁴²³ TRF da 1ª Região, 3ª T., MS 89.01.09409-6, DJU 05.03.1990, Rel. Fernando da Costa Tourinho Neto.

⁴²⁴ CRETILLA JÚNIOR, José. Do Mandado de Segurança Coletivo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990. p. 70.

⁴²⁵ LENZA, Pedro. Teoria Geral da Ação Civil Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 414.

⁴²⁶ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FRAVETO, Rogério. O Projeto da Nova Lei da Ação Civil Pública: aspectos principais. Revista Internacional de Estudos de *Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 1, 2010.

⁴²⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Mandado de Segurança Coletivo: aspectos processuais controversos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 124.

característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.”⁴²⁸, a prévia constituição pode ser dispensada pelo julgador⁴²⁹. Posição já defendida pelo Superior Tribunal de Justiça ao afirmar que “presente o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e apresentando-se como relevante o bem jurídico a ser protegido, pode o Juiz dispensar o requisito da pré-constituição superior a um ano da associação autora da ação.”⁴³⁰

Arruda Alvin⁴³¹ pondera que presente “manifesto interesse social, traduzível pela dimensão do dano, como, exemplificativamente, um dano de abrangência nacional deverá, em princípio, conduzir a dispensa” do requisito da anualidade.

A fim de exemplificar as situações em que se justifica a dispensa do requisito da pré-constituição, Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogério Favreto⁴³² citam: “a) questões envolvendo matéria relacionada com a saúde da população, remédios danosos ou sem efeitos comprovados, (...); b) quantidade considerável de benefícios, de modo a justificar tutela coletiva, sob pena de ser necessário o ajuizamento de quantidade elevada de ações individuais.(...)”.

Cumprе salientar, que em relação às entidades de classe e às organizações sindicais, apesar de não ser exigida a prévia constituição e funcionamento por um tempo mínimo de um

⁴²⁸ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FRAVETO, Rogério. O Projeto da Nova Lei da Ação Civil Pública: aspectos principais. Revista Internacional de Estudos de *Derecho Procesal y Arbitrage*, nº 1, 2010.

⁴²⁹ Código de Defesa do Consumidor – Art. 82, §1º “§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”.

⁴³⁰ STJ, Recurso Especial nº 121.067/PR (1997/0013320-6) – Relator Min. Barros Monteiro.

⁴³¹ ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. Código do Consumidor Comentado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 387-388: “Em relação a tais associações, legitimadas para a defesa dos interesses e direitos nas hipóteses dos incisos I, II e III, do art. 81, parágrafo único (art. 91 e 102, deste código), poder-se-á prescindir do requisito da anualidade de sua pré-constituição (mas não da sua constituição regular, enquanto pessoa jurídica), com relação às ações do art. 91 e seguintes, ou seja, para a hipótese do art. 81, parágrafo único. O texto legal refere a manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, o que conduz à conclusão de que esta ação envolve responsabilidade civil. No entanto, como sucessivamente, o mesmo texto refere-se à relevância do bem jurídico a ser protegido, isto vem a significar que não somente quando se trate de responsabilidade civil, há a possibilidade de dispensa dessa constituição há pelo menos um ano. Isto, ocorrerá, se ingressarem em juízo, antes desse prazo anual, desde que compareçam um dos seguintes valores a serem resguardados: manifesto interesse social, traduzível pela dimensão do dano, como, exemplificativamente, um dano de abrangência nacional deverá, em princípio, conduzir a essa dispensa. Ou, diz mais este parágrafo primeiro, do art. 82, pela característica do dano, como exemplificativamente, se se tratar de um dano em expansão. (...) Por certo, necessário será que, em todas as hipóteses, essa realidade seja reconhecida pela autoridade judiciária. As expressões flexíveis da lei, que se utiliza de conceitos vagos, virá a ensejar aos juízes uma larga margem de apreciação valorativa. (...) Deve-se, nesse passo, observar que entidade associativa, por exemplo, ao utilizar o direito de ação para proteção de interesse ou direito coletivo (art. 81, parágrafo único, inciso II), tal como conceituado por este código, deve ser considerada legítima, tendo-se presente o disposto no art. 5º, inciso XX, da Constituição Federal, desde que, dentre as suas finalidades esteja inserida a defesa dos consumidores (...)”.

⁴³² GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FRAVETO, Rogério. O Projeto da Nova Lei da Ação Civil Pública: aspectos principais. Revista Internacional de Estudos de *Derecho Procesal y Arbitrage*, nº 1, 2010.

ano, é necessária a prova de sua constituição legal e seu enquadramento como organização sindical ou entidade de classe.

Outra questão controvertida dizia respeito à amplitude da representatividade dos legitimados arrolados no art. 5º, LXX, alínea b, da CR/88 (Organização sindical, da entidade de classe e da associação). Embora haja precedentes⁴³³, fundamentado no artigo 8º, inciso III⁴³⁴ da CR/88, no sentido de que a atuação dos sindicatos não poderia ser a favor de apenas parte de seus associados, mas na defesa de toda categoria, o assunto já foi consolidado pela súmula nº 630 do STF: “a entidade de classe tem legitimação para o Mandado de Segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria.”, solucionando a divergência. Nesse mesmo sentido o artigo 21 da lei 12.016 veio reafirmar o entendimento do Supremo Tribunal Federal e ampliá-lo para a organização sindical e para a associação “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado(...) por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade ou de parte dos seus membros ou associados(...)”.

Contudo, é importante salientar que quando se tratar de interesse puramente individual, o interessado é legitimado ordinário para defender seu direito em juízo, não havendo razão para que as entidades de classe, associações ou organização sindical atuem como legitimados em uma tutela de caráter não coletivo. Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogério Favreto⁴³⁵, adeptos dessa posição, justificam que “a) não se pode admitir a utilização de ação coletiva para a proteção de apenas uma pessoa, sem reflexos coletivos; e, b) a possibilidade de atuação em juízo dos legitimados coletivos pressupõe, por óbvio, que haja a defesa de um direito de natureza coletiva.” O STJ⁴³⁶, nesse mesmo sentido, já se manifestou acerca da matéria, afirmando a ilegitimidade das associações para representar seu associado em ações de natureza individual.

Ressalta-se que outro aspecto dessa exposição é prescindibilidade da autorização dos

⁴³³ Darlan Barroso e Luciano Alves Rosato apontam: “O Texto Constitucional é claro e inequívoco em prever que os sindicatos representam a sua categoria e não apenas os filiados à entidade”. (BARROSO, Darlan; ROSSATO, Luciano Alves. Mandado de Segurança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 98.)

⁴³⁴ O artigo 8º da Constituição da República de 1988 dispõe: “III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

⁴³⁵ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FRAVETO, Rogério. O Projeto da Nova Lei da Ação Civil Pública: aspectos principais. Revista Internacional de Estudos de Derecho Procesal y Arbitraje, nº 1, 2010.

⁴³⁶ STJ - REsp 1084036 / MG – Recurso Especial 2008/0185063-5 - Relator(a) Ministra Nancy Andrigli (1118) - Órgão Julgador T3 - Terceira Turma - Data do Julgamento: 03/03/2009 - Data da Publicação/Fonte DJe 17/03/2009.

membros ou associados dos legitimados ativos para impetrar mandado de segurança coletivo. Isso ocorre em razão da situação da legitimante ter nexos com os fins institucionais dos legitimados. O STJ já se posicionou no sentido de que “não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inc. XXI do art. 5º, CR, que contempla hipótese de representação.”⁴³⁷ Assunto também sedimentado na súmula 629 do STF “a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe de autorização destes.” Nesse ponto, deve ser acrescentado o entendimento de Hermes Zaneti Júnior “exatamente em razão do interesse jurídico(...) (= 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 de assembleia.” Darlan Barroso e Luciano Rossato⁴³⁸ concluem que “cumpridas as formalidades de seu estatuto social, a associação poderá impetrar mandado de segurança coletivo, sem a necessidade de nenhuma autorização de seus membros.”

Em síntese, as associações, as entidades de classe e as organizações sindicais podem agir através do mandado de segurança coletivo para a defesa dos interesses de seus membros e suas finalidades institucionais, observando-se, ainda, que é cabível a impetração do *writ* coletivo, mesmo quando o direito pertença apenas a uma parte dos membros ou associados dos legitimados. Ademais, especificamente em relação às associações também é exigido o tempo mínimo de um ano de constituição, que poderá ser dispensado caso se verifique manifesto interesse social.

5.3 A ampliação do rol previsto no inciso LXX do art. 5º da Constituição da República e no art. 21, caput, da Lei n. 12.016/2009

Questiona-se, entretanto, se o rol do art. 5º, LXX, da CR/88 é taxativo ou apenas exemplificativo, ou seja, se os legitimados para propor a ação de mandado de segurança coletivo seriam apenas aqueles arrolados na Constituição ou se outros legitimados às ações coletivas poderiam impetrar o *mandamus*. Observa-se, ainda, que o artigo 21 da lei nº 12.016/2009 que regulamenta o Mandado de Segurança Coletivo, ao tratar da legitimidade

⁴³⁷ STF – Mandado de Segurança 22132-1. Relator: Min. Carlos Velloso.

⁴³⁸ BARROSO, Darlan; ROSSATO, Luciano Alves. Mandado de Segurança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 99.

ativa, limitou-se a repetir o disposto na CR/88.

A razoabilidade e a efetividade do direito devem nortear o seu intérprete. O fato de a Constituição da República de 1988, bem como a Lei 12.016/2009 terem previsto expressamente a possibilidade de impetração do *writ* coletivo por partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe e associações não significa, por si só, que não possa ter outros legitimados.⁴³⁹

Por se tratar o mandado de segurança coletivo de uma garantia constitucional fundamental, há a necessidade de se questionar sobre a existência de algum valor que impeça a ampliação dos impetrantes a outras pessoas além daqueles elencados na CR/88⁴⁴⁰. Como observa Luís Otávio Stédile⁴⁴¹, “o mero apego à forma, em tempos de pós-positivismo, não pode servir de justificativa a essa limitação, já que não parece haver óbice constitucional algum a uma eventual ampliação.”

Não se constata qualquer prejuízo à tutela jurisdicional e sua efetividade com tal ampliação; muito pelo contrário: evidencia-se um maior acesso à justiça e, com isso, a ampliação da prestação jurisdicional.⁴⁴² Assim sendo, como assevera Stédile, “não se verifica a existência de valor algum que seja subjacente a uma eventual restrição à ampliação do rol em comento por lei infraconstitucional.”⁴⁴³

Nesse ponto é importante transcrever a lição de Antônio Carlos Cintra do Amaral⁴⁴⁴ a respeito da interpretação literal das normas jurídicas:

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

⁴³⁹ STÉDILE, Luis Otávio. O mandado de segurança coletivo e a legitimidade do Ministério Público para sua impetração. Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes/>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

⁴⁴⁰ STÉDILE, Luis Otávio. O mandado de segurança coletivo e a legitimidade do Ministério Público para sua impetração. Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes/>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

⁴⁴¹ STÉDILE, Luis Otávio. O mandado de segurança coletivo e a legitimidade do Ministério Público para sua impetração. Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes/>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

⁴⁴² STÉDILE, Luis Otávio. O mandado de segurança coletivo e a legitimidade do Ministério Público para sua impetração. Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes/>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

⁴⁴³ STÉDILE, Luis Otávio. O mandado de segurança coletivo e a legitimidade do Ministério Público para sua impetração. Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes/>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

⁴⁴⁴ AMARAL, Antônio Carlos Cintra. A respeito da interpretação literal das normas jurídicas. Disponível em: <<http://www.celc.com.br/comentarios/38.html>>. Acesso em 25 fev. 2014.

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 frequência, 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.

[...]

O intérprete não pode ignorar o significado linguístico do texto normativo. Deve, porém, aliar essa análise linguística 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.

Cintra⁴⁴⁵ ainda aponta um exemplo elaborado pelo jurista Chaim Perelma: “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?”

A conclusão sobre quem possui legitimidade para propor o mandado de segurança coletivo deve ser analisada com razoabilidade e através de uma interpretação sistemática do Constituição da República e das regras do microssistema comum do direitos processual coletivo para assim definir quem são os legitimados à impetração da ação mandamental de natureza coletiva.

Portanto, parece equivocada a posição daqueles que não reconhecem que a legitimação à impetração do mandado de segurança coletivo possa ser verificada além do inciso LXX do art. 5º da Constituição ou o art. 21 da Lei n. 12.016/2009. Infere-se que o rol dos legitimados a impetrar o *mandamus* coletivo compreende uma lista exemplificativa, sujeita à ampliação, seja por interpretação sistemática do texto da própria Constituição da República, seja pela análise da sistematização das normas de direito coletivo.

Abordaremos, nos próximos tópicos, os legitimados ativos para impetrar o mandado de segurança coletivo, partindo da integralização com as normas de direito processual coletivo e também da análise dos dispositivos constitucionais.

5.4 O microssistema coletivo das normas processuais como fundamento para a ampliação da legitimidade ativa

⁴⁴⁵ AMARAL, Antônio Carlos Cintra. A respeito da interpretação literal das normas jurídicas. Disponível em: <<http://www.celc.com.br/comentarios/38.html>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

Para determinar os legitimados para impetração do mandado de segurança coletivo é necessário analisar com acuidade os diplomas legais que formam o microssistema coletivo do processual coletivo.

Imprimindo entendimento sobre o assunto, Gregório Assagra de Almeida, Mirna Cianci e Rita Quartieri⁴⁴⁶ defendem que a nova Lei do Mandado de Segurança não deve ser analisada de forma independente; deve-se considerar um diálogo de fontes com a Constituição da República e, no caso específico, do Mandado de Segurança Coletivo com o Microssistema Comum de Direito Processual Coletivo. De acordo com os autores, considerando a teoria dos direitos e garantias fundamentais, a melhor análise “é aquela que propõe uma interpretação de coordenação do sistema visando o pleno diálogo entre as diversas fontes legislativas, de forma a alcançar a maior carga de eficácia social da norma e da decisão proferida diante do caso concreto.”⁴⁴⁷

A esse respeito, Cláudia Lima Marques⁴⁴⁸ assegurando a diálogo das fontes no ordenamento jurídico brasileiro assevera:

Na belíssima expressão de Erik Jayme, é o atual e necessário ‘diálogo das fontes’ (*dialogue des sources*), a permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. ‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis-modelos), ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).

O microssistema coletivo de direito processual coletivo trata-se da interligação das diversas normas que disciplinam os direitos coletivos - Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), Lei da Pessoa Portadora de Deficiências (Lei 7.853/89), Lei Protetiva dos

⁴⁴⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra; CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. Mandado de Segurança. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63.

⁴⁴⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra; CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. Mandado de Segurança. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63.

⁴⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 32-33.

Investidores do Mercado de Valores Imobiliários (Lei 7.913/89) e Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica – Antitruste (Lei 8.884/94). Diante dessa sistematização das normas do direito processual coletivo, havendo alguma lacuna na legislação, ausência de algum regulamento ou dúvida na aplicação do direito coletivo, utiliza-se a norma de outra lei que pertença a esse microssistema, tudo para que as ações coletivas sejam efetivas na proteção dos direitos fundamentais transindividuais.⁴⁴⁹, ou seja, deve haver um diálogo entre as fontes de direito processual coletivo para garantir maior e melhor carga de eficácia ao direito tutelado.

Rodrigo Reis Mazzei⁴⁵⁰ assevera que o microssistema coletivo é composto pela reunião de diversos diplomas que disciplinam a tutela coletiva e por esta razão um “diploma que compõe o microssistema é apto a nutrir carência regulativa das demais normas, pois, unidas, formam sistema especialíssimo.”⁴⁵¹

A sistematização da tutela coletiva não está expressa na lei, entretanto encontra amparo em decisão do Superior Tribunal de Justiça⁴⁵² quando, por exemplo, aplica por analogia o prazo prescricional da Ação Popular na Ação Civil Pública. Destaca-se, ainda, a decisão do STJ, transcrita abaixo, em que mais uma vez este órgão reconhece o microssistema coletivo:

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

⁴⁴⁹ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FRAVETO, Rogério. O Projeto da Nova Lei da Ação Civil Pública: aspectos principais. Revista Internacional de Estudos de Derecho Procesal y Arbitraje, nº 1, 2010.

⁴⁵⁰ MAZZEI, Rodrigo. Ação Popular e o Microssistema da Tutela Coletiva. Tutela Jurisdicional Coletiva. Coord.: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 382-383. Mazzei ainda ensina: “(...) o microssistema coletivo tem sua formação marcada pela reunião intercomunicante de vários diplomas, diferenciando-se da maioria dos microssistemas que, em regra, tem formação enraizada em apenas uma norma especial, recebendo, por tal situação, razoável influência de normas gerais. (...) a concepção do microssistema jurídico coletivo deve ser ampla, a fim de que o mesmo seja composto não apenas do Código de Defesa do Consumidor (LGL\1990\40) e da Lei da Ação Civil Pública, mas de todos os corpos legislativos inerentes ao direito coletivo, razão pela qual diploma que compõe o microssistema é apto a nutrir carência regulativa das demais normas, pois, unidas, formam sistema especialíssimo”.

⁴⁵¹ MAZZEI, Rodrigo. Ação Popular e o Microssistema da Tutela Coletiva. Tutela Jurisdicional Coletiva. Coord.: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 373-395. p. 382-383.

⁴⁵² “(...)6. A Ação Civil Pública não veicula bem jurídico mais relevante para a coletividade do que a Ação Popular. Aliás, a bem da verdade, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microssistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia legis, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Cíveis Públicas, tal como ocorre com a prescribibilidade da Ação Popular, porquanto *u bi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*.” Precedentes do STJ: REsp 890552/MG, Relator Ministro José Delgado, DJ de 22.03.2007 e REsp 406.545/SP, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 09.12.2002.

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. (grifos nossos).⁴⁵³

Isto posto, verifica-se que o microsistema coletivo do direito processual coletivo, também chamado de Sistema Único Coletivo ou sistematização das normas de direito coletiva, já está consolidado na doutrina e na jurisprudência pátria⁴⁵⁴.

Diante da aplicação sistêmica do direito coletivo, Elpídio Donizetti e Marcelo Cerqueira⁴⁵⁵ observam que “é possível (...) que os demais legitimados extraordinários para as causas coletivas – em especial o Ministério Público e a Defensoria Pública – poderiam impetrar o mandado de segurança coletivo.” Isso porque, de acordo com os referidos autores, “há uma aplicação intercambiante ou um diálogo dos diplomas legais que dispõem sobre a tutela coletiva.”⁴⁵⁶

Marinoni, Mididiero e Sarlet⁴⁵⁷, imprimindo entendimento semelhante, ponderam ser recomendável que “todos os autorizados para as ações coletivas também tenham à sua disposição o mandado de segurança coletivo como técnica processual para a proteção dos interesses de massa.”⁴⁵⁸⁻⁴⁵⁹

⁴⁵³ AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.249.132/SP (2009/0224885-0) - Relator: Ministro Luiz Fux.

⁴⁵⁴ Já decidiu ainda o STJ: “A Ação Civil Pública e a Ação Popular compõem um microsistema de tutela dos direitos difusos, por isso que, não havendo previsão de prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, recomenda-se a aplicação, por analogia, do prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei n. 4.717/65.” (Recurso Especial nº 1.070.896 - SC (2008/0115825-6) - Relator: Ministro Luis Felipe Salomão).

⁴⁵⁵ DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. Curso de Processo Coletivo. São Paulo: Atlas, 2010. p. 431.

⁴⁵⁶ DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. Curso de Processo Coletivo. São Paulo: Atlas, 2010. p. 432.

⁴⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 693.

⁴⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 693.

⁴⁵⁹ Como observa Salert, Marinoni e Mitidiero o rol de legitimados para propositura de mandado de segurança coletivo não é taxativo: “a previsão constitucional que trata do mandado de segurança coletivo limita-se a estabelecer os legitimados para esta ação. Em contraste com a legitimidade para outras ações coletivas (qualquer cidadão para a ação popular e vários entes para as ações civis públicas) é de se questionar se a legitimação aqui prevista é exclusiva, ou seja, se o rol trazido no dispositivo em questão é exaustivo. Nada há que autorize esta conclusão. A garantia fundamental, como cediço, não pode ser restringida, mas nada impede (aliás, será muito salutar) que seja ampliada. Daí ser possível questionar-se da possibilidade de autorizar os legitimados para as ações civis públicas a proporem mandado de segurança coletivo. Partindo-se do pressuposto de que o mandado de segurança é apenas uma forma de procedimento, mostra-se impossível fugir da conclusão de que a tutela dos interesses coletivos já foi outorgada, pelo texto constitucional e por diplomas infraconstitucionais, a outras entidades além daquelas enumeradas no dispositivo em exame. Ora, se essas outras entidades já estão habilitadas à proteção desses interesses, qual seria a racionalidade em negar-lhes autorização para utilizar uma via processual de proteção? Absolutamente, nenhuma. Diante disso, parece bastante razoável sustentar a ampliação – pelo direito infraconstitucional e também pelas normas constitucionais (v.g., art. 129, III) – do rol de

Camilo Zufelato⁴⁶⁰ ainda explica que devemos aplicar o direito coletivo de forma sistêmica e unificada. Destarte, uma vez que “o *mandamus* de natureza coletiva é uma espécie de instrumento processual coletivo, pertence ao gênero da ação coletiva, logo, por coerência, possui os mesmos legitimados de outras ações coletivas.”⁴⁶¹

Adepto do entendimento de que a legitimidade para impetrar a ação mandamental de natureza coletiva deve ser ampliada para outros legitimados das Ações Coletivas, em especial para o Ministério Público e a Defensoria Pública, Cássio Scarpinella Bueno⁴⁶² explica que “o silêncio do art. 21, caput, da Lei 12.016/2009 não afasta a legitimidade ativa do Ministério Público para a impetração do mandado de segurança coletivo. (...) O mesmo raciocínio deve ser empregado para concluir pela legitimidade da Defensoria Pública para a impetração do mandado de segurança coletivo. (...)”⁴⁶³.

Como pondera Camilo Zufelato⁴⁶⁴, “a ampliação da legitimação atende o princípio basilar da maior acessibilidade possível dos entes legitimados.” E ainda, conforme aponta o autor, por se tratar de direitos transindividuais, que possuem uma natureza diferenciada e uma extensão ampla, “o recomendável era que a legislação permitisse a maior abertura possível dos canais de acesso à justiça, evitando-se que esquemas muito rígidos impusessem bloqueios à participação social por meio do processo.”⁴⁶⁵

legitimados para a impetração deste remédio constitucional, de sorte que todos os autorizados para as ações coletivas também tenham à sua disposição o mandado de segurança coletivo como técnica processual para a proteção dos interesses de massa”. (SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 693.)

⁴⁶⁰ ZUFELATO, Camilo. Da legitimidade ativa *ope legis* da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo – Uma análise a partir do Microssistema de Direito Processual Coletivo Brasileiro e o Diálogo das Fontes. Revista de Processo, vol. 203, 2012, p. 321.

⁴⁶¹ ZUFELATO, Camilo. Da legitimidade ativa *ope legis* da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo – Uma análise a partir do Microssistema de Direito Processual Coletivo Brasileiro e o Diálogo das Fontes. Revista de Processo, vol. 203, 2012, p.321.

⁴⁶² BUENO, Cássio Scarpinella. A nova lei do Mandado de Segurança. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 166-167.

⁴⁶³ Sobre a legitimidade da Defensoria Pública Cássio Scarpinella Bueno explica que: “Não só por força de seus misteres constitucionais (art. 134 da CF/1988 (LGL\1988\3)) e do que o art. 5.º, II, da Lei 7.347/1985, com a redação dada pela Lei 11.448/2007, prevê com relação à sua legitimidade para a ‘ação civil pública’, mas, sobretudo, diante do que dispõem os incs. VII, VIII e IX, do art. 4.º da LC 80/1994, na redação da LC 132/2009, que evidenciam a importância de as funções daquela Instituição também deverem ser desempenhadas no âmbito do ‘direito processual coletivo’”. (BUENO, Cássio Scarpinella. A nova lei do Mandado de Segurança. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 166-167.)

⁴⁶⁴ ZUFELATO, Camilo. Da legitimidade ativa *ope legis* da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo – Uma análise a partir do Microssistema de Direito Processual Coletivo Brasileiro e o Diálogo das Fontes. Revista de Processo, vol. 203, p.321, 2012. p. 321.

⁴⁶⁵ ZUFELATO, Camilo. Da legitimidade ativa *ope legis* da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo – Uma análise a partir do Microssistema de Direito Processual Coletivo Brasileiro e o Diálogo das Fontes. Revista de Processo, vol. 203, p.321, 2012. p. 321.

Sublinha-se a lição de Gregório Assagra de Almeida⁴⁶⁶ que ao se manifestar sobre a legitimidade ativa no Mandado de Segurança Coletivo afirma:

O mandado de segurança é uma garantia constitucional fundamental. Com efeito, não lhe é compatível interpretação restritiva. Assim, o rol dos legitimados ativos coletivos do art. 5º, LXX, da CF, é meramente exemplificativo, de sorte que também poderão impetrar mandado de segurança para tutela dos direitos ou interesses coletivos todos os entes com legitimação ativa coletiva arrolados nos arts. 82, do CDC e 5º, da LACP.

Vale destacar a lição de Elpídio Donizzeti e Marcelo Cerqueira que apontam que, apesar de existir um diálogo entre as normas de tutela coletiva não se pode esquecer que o processo coletivo possui procedimento comum e procedimento especial. De acordo com os autores, no caso específico do Mandado de Segurança Coletivo, adota-se um procedimento especial, porém sua peculiaridade não é inerente à legitimação. O diferencial do procedimento do *mandamus* coletivo consiste na celeridade e na impossibilidade de dilação probatória, o que permite concluir que não cabe interpretação no sentido de limitar a legitimação ativa no mandado de segurança coletivo, ainda mais perante a garantia constitucional do amplo acesso à justiça das coletividades. Deve-se então expandir a legitimidade para a impetração do Mandado de Segurança Coletivo com base nas normas do microssistema processual.⁴⁶⁷

Assim, por força do microssistema processual coletivo, os legitimados ativos das ações de natureza coletivas são: partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe, associações, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista, o cidadão e a OAB, o que atinge o mandado de segurança coletivo, em face dessa sistematização do processo metaindividual.

Vale dizer ainda que, diante do relevante valor social dos interesses transindividuais e do fato de não haver correspondência direta entre o direito violado e um titular específico, é necessária a ampliação dos legitimados ativos nas ações de natureza coletiva para que a defesa dos direitos transindividuais seja de fato efetiva.⁴⁶⁸ Como bem analisa Zufelato, “a importância da ampliação da legitimação para a defesa dos interesses metaindividuais em

⁴⁶⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra. Manual das Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 605.

⁴⁶⁷ DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. Curso de Processo Coletivo. São Paulo: Atlas, 2010. p. 432-433.

⁴⁶⁸ ZUFELATO, Camilo. Da legitimidade ativa *ope legis* da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo – Uma análise a partir do Microssistema de Direito Processual Coletivo Brasileiro e o Diálogo das Fontes. Revista de Processo, vol. 203, p.321, 2012. p. 321.

juízo reflete-se na própria concepção política do Estado, implicando a implementação da democracia participativa.”⁴⁶⁹

Salienta-se que os projetos científicos acadêmicos que tratam da consolidação do Processo Coletivo, com a criação de um Código Brasileiro de Processo Coletivo, reforçam ainda mais a amplitude da Legitimidade Ativa no Mandado de Segurança Coletivo.

Inicialmente destaca-se o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos do Ministério da Justiça, sob coordenação de Ada Pellegrini Grinover. Nesse ponto, Camilo Zufelato⁴⁷⁰ explica que “a referida iniciativa tinha como escopo a consolidação, unificação e harmonização das várias espécies de ações coletivas brasileiras, uma vez que se trata de disciplina jurídica esparsa ao longo do ordenamento e, por vezes, com incongruências (...) as quais queria ver solucionadas.”.

Vejamos, então, a proposta do referido Anteprojeto no que diz respeito a legitimidade ativa no Mandado de Segurança Coletivo:

Capítulo IV

Do mandado de segurança coletivo

Art. 41. Cabimento do mandado de segurança coletivo – Conceder-se-á mandado de segurança coletivo, nos termos dos incisos LXIX e LXX do artigo 5o da Constituição Federal, para proteger direito líquido e certo relativo a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 4º deste Código).

Art. 42. Legitimação ativa – O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

I – Ministério Público;

II – Defensoria Pública;

III – partido político com representação no Congresso Nacional;

IV – entidade 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.

Parágrafo único – O Ministério Público, se não impetrar o mandado de segurança coletivo, atuará como fiscal da lei, em caso de interesse público ou relevante interesse social.

Nesse ponto é importante transcrever a Exposição de Motivos do anteprojeto de autoria de Ada Pellegrini Grinover em relação ao Mandado de Segurança Coletivo:

⁴⁶⁹ ZUFELATO, Camilo. Da legitimidade ativa *ope legis* da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo – Uma análise a partir do Microsistema de Direito Processual Coletivo Brasileiro e o Diálogo das Fontes. Revista de Processo, vol. 203, p.321, 2012. p. 321.

⁴⁷⁰ ZUFELATO, Camilo. Da legitimidade ativa *ope legis* da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo – Uma análise a partir do Microsistema de Direito Processual Coletivo Brasileiro e o Diálogo das Fontes. Revista de Processo, vol. 203, p.321, 2012. p. 321.

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 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, a Defensoria Pública e as entidades sindicais. De resto, aplicam-se ao mandado de segurança coletivo as disposições da Lei n. 1.533/51, 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.

Verifica-se, com clareza, que o Anteprojeto estende a legitimidade do *mandamus* coletivo além do rol do art. 5º, LXX, da CR/88, abrangendo também o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Outro Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos que merece destaque foi o realizado no âmbito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, sob a coordenação de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, que inclui o Ministério Público, a Defensoria Pública, o cidadão, entre outros, como legitimados ativos para tutelar direitos coletivos através do Mandado de Segurança, ao dispor que “aplica-se ao mandado de segurança coletivo o disposto neste código, inclusive no tocante às custas e honorários (art. 16), e na lei 1533/51, no que não for incompatível.”⁴⁷¹. Assim, como bem explica Camilo Zufelato⁴⁷², apesar de utilizar técnica diversa do anteprojeto citado anteriormente, ao fazer uma simples menção de que se aplica ao *mandamus* de natureza coletiva, as regras jurídicas das demais ações coletivas incluem, obviamente, os legitimados ativos das demais ações coletivas para propor Mandado de Segurança Coletivo, conforme o artigo 9º do anteprojeto abaixo transcrito:

Art. 9º. São legitimados concorrentemente à ação coletiva:

- I – qualquer pessoa física, para a defesa dos direitos ou interesses difusos;
- II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos direitos ou interesses coletivos e individuais homogêneos;
- III – o Ministério Público, para a defesa dos direitos ou interesses difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social;
- IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, quando os interessados forem, predominantemente, hipossuficientes;

⁴⁷¹ Art. 46 do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos - anteprojeto elaborado em conjunto nos programas de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA).

⁴⁷² ZUFELATO, Camilo. Da legitimidade ativa *ope legis* da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo – Uma análise a partir do Microssistema de Direito Processual Coletivo Brasileiro e o Diálogo das Fontes. Revista de Processo, vol. 203, p.321, 2012.

- V – as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos direitos ou interesses difusos e coletivos relacionados às suas funções;
- VI – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos direitos ou interesses protegidos por este código;
- VII – as entidades sindicais, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria;
- VIII – os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais;
- IX – as associações legalmente constituídas e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos direitos ou interesses protegidos neste código, dispensada a autorização assemblear.

Tendo em vista os obstáculos jurídicos e políticos para aprovação de um novo código no Direito Brasileiro, foi elaborado, por uma comissão especial do Ministério da Justiça, o projeto de lei nº 5.139/2009, que dá nova disciplina à ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos e que têm como finalidade criar um Sistema Único Coletivo, para acabar com a assimetria no interior do microssistema processual coletivo brasileiro⁴⁷³. Assim, na concepção de Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogério Favreto⁴⁷⁴, a nova Lei de Ação Civil Pública teria natureza de uma Lei de Introdução ao Sistema Único Coletivo, o que possibilitaria a disciplina de diversas características das Ações Coletivas e a solução de graves problemas de interpretação e aplicação das normas existentes de forma esparsa⁴⁷⁵. Em relação a essa uniformização, Gomes Filho e Favreto designam pontos benéficos do projeto de Lei: “a-) afasta os conflitos de interpretação, havendo apenas uma disciplina para o processamento das ações coletivas; b-) padroniza a aplicação das normas e o próprio processamento das ações coletivas; c-) torna o Sistema Único Coletivo coerente.”⁴⁷⁶

Dessa forma, a dúvida em relação ao alcance da legitimidade estaria solucionada e o manejo do mandado de Segurança Coletivo seria admitido por qualquer um dos legitimados do Sistema Único Coletivo.

Entretanto, o projeto de lei 5.139/2009, foi rejeitado pela Comissão de Constituição,

⁴⁷³ ZUFELATO, Camilo. Da legitimidade ativa *ope legis* da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo – Uma análise a partir do Microssistema de Direito Processual Coletivo Brasileiro e o Diálogo das Fontes. Revista de Processo, vol. 203, p.321, 2012.

⁴⁷⁴ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FRAVETO, Rogério. O Projeto da Nova Lei da Ação Civil Pública: aspectos principais. Revista Internacional de Estudos de *Derecho Procesal y Arbitrage*, nº 1, 2010.

⁴⁷⁵ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FRAVETO, Rogério. O Projeto da Nova Lei da Ação Civil Pública: aspectos principais. Revista Internacional de Estudos de *Derecho Procesal y Arbitrage*, nº 1, 2010.

⁴⁷⁶ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FRAVETO, Rogério. O Projeto da Nova Lei da Ação Civil Pública: aspectos principais. Revista Internacional de Estudos de *Derecho Procesal y Arbitrage*, nº 1, 2010.

Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados por falta de debate e discussão pública. Diante da rejeição, foi interposto recurso, que se encontra em fase de julgamento. No recurso foi exposto que houve um trabalho coletivo, cuja discussão durou mais de seis anos, publicação em livros, anteprojeto do Código de Processo Civil, Congressos, artigos, audiências públicas realizadas no país, tudo isso para divulgar e proporcionar críticas ao Projeto de Lei 5.139/2009.

Em setembro de 2012 foi apresentado o Projeto de Lei 4.484/2012 que, em linhas gerais, segue, com algumas modificações o PL nº 5.139/2009.

Não resta dúvida, contudo, de que o rol de legitimados do art. 5º, LXX, da CR/88 e do art. 21 da Lei 12.016/2009 não exclui outros legitimados às ações coletivas para impetrar o Mandado de Segurança Coletivo. Tal exegesse decorre de uma interpretação sistêmica da Constituição da República e do microsistema coletivo que tutela as ações de natureza coletiva.

Deve-se priorizar a efetividade do direito pretendido e para isso pode-se afirmar que, dentre as espécies de ações coletivas, o mandado de segurança é o mais apto a proporcionar um resultado efetivo, uma vez que possui um procedimento diferenciado e mais célere. Para isso é importante a amplitude dos possíveis legitimados ativos, considerando as normas do Sistema Único Coletivo para assim contemplar legitimidade ativa não somente aos elencados no art. 21 da Lei 12.016/2009 e do art. 5º da CR/88, mas a todos aqueles legitimados que exerçam papel fundamental para a tutela dos direitos coletivos, em especial o Ministério Público, a Defensoria Pública e o cidadão.

Importante analisar, contudo, em cada caso concreto, o interesse processual do autor e a possibilidade jurídica do direito pleiteado, bem como a existência de provas pré-constituídas que sejam congruentes e eficazes para obter aquilo que se pleiteia.

Enfim, o rol de legitimados do mandado de segurança coletivo é apenas exemplificativo, já que por tratar-se de uma garantia constitucional fundamental para a defesa de direitos de índole coletivo, os legitimados ativos devem ser compatíveis com microsistema coletivo, a fim de proporcionar o maior acesso à justiça e a concretização mais efetiva dos direitos de natureza transindividual.

Passamos, então, para a análise de cada um dos demais legitimados para impetração do mandado de segurança coletivo definidos pelo microsistema processual coletivo.

5.5 A proposta do Projeto de Lei 222/2010 para ampliação dos legitimados ativos para impetração do mandado de segurança coletivo

Em 11 de agosto de 2010, o Senador Valter Pereira apresentou junto ao Senado Federal o Projeto de Lei nº 222/2010, que propõe diversas alterações a lei nº 12.016/2010 (Lei do Mandado de Segurança).

Importante consignar que o referido Projeto de Lei teve forte influência das sugestões de alterações elaboradas pelo jurista Cassio Scarpinella Bueno, que, por sua vez, recebeu importante contribuição e crítica da Diretoria do IBPD (Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil), em especial de sua Presidente, Professora Ada Pellegrini Grinover, do Presidente do Conselho Científico, o Ministro aposentado Athos Gusmão, e do vice-presidente, o Professor Petrônio Calmon⁴⁷⁷. Para Scarpinella Bueno a Lei 12.016/2009 foi um verdadeiro retrocesso para a história do mandado de segurança no direito brasileiro, tanto na sua forma individual como na sua forma coletiva e por isso necessita de diversas modificações.⁴⁷⁸

Com relação ao art. 21 da Lei 12.016/2009 que disciplina, entre outras questões, a legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo, o Senador Valter Pereira, no PL 222/2010, acolheu integralmente a sugestão de Cássio Scarpinella Bueno. Assim, o referido artigo passaria a ter a seguinte redação:

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

§ 1º. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:
I – difusos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

II – coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de

⁴⁷⁷ O Senador Valter Pereira em sua justificação ao Projeto de Lei 222/2010 ponderou que: "Mais uma vez valendo-me de quase todas as sugestões do Jurista Cassio Scarpinella Bueno, avalizadas pela Diretoria do IBPD – Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil, em especial na pessoa dos Professores Ada Pellegrini Grinover e Petrônio Calmon e do Ministro aposentado Athos Gusmão Carneiro, apresento nova proposição legislativa que visa corrigir diversas imperfeições da nova Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009."

⁴⁷⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Propostas para uma Nova Lei para o Mandado De Segurança. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/MANDADO_DE_SEGURANCA.pdf> Acesso em: 09 abr. 2014.

natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

III – individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum.

§ 2º. O mandado de segurança coletivo também poderá ser impetrado por partido político com representação na Assembléia Legislativa dos Estados ou do Distrito Federal ou em Câmara de Vereadores, consoante a abrangência territorial do ato coator.

§ 3º. Observadas suas finalidades institucionais, o mandado de segurança coletivo também poderá ser impetrado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública e pela Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 4º. Quando o partido político perder representatividade na casa legislativa respectiva, dar-se-á ciência ao Ministério Público e à Ordem dos Advogados do Brasil e, se for o caso, à Defensoria Pública, consultando-os sobre seu interesse em prosseguir com o processo.”

De acordo com a justificativa apresentada pelo Senador Valter Pereira, no que tange a legitimidade para impetração do *mandamus* coletivo, o parágrafo 3º do supracitado artigo tem o objetivo de esclarecer que o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil também são partes legítimas para impetração do Mandado de Segurança Coletivo.⁴⁷⁹

Ao que nos parece a referida sugestão de alteração tem o objetivo de evitar discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a legitimidade do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Ordem dos Advogados do Brasil. Observa-se ainda que, ao utilizar a expressão “esclarece” na justificativa do PL 222/2010, ao estender a legitimidade ativa no

⁴⁷⁹ Cássio Scarpinella Bueno justifica a sugestão de alteração do art. 21 da Lei 12.016/2009 nos seguintes dizeres: “A nova redação proposta para o caput do dispositivo quer evitar interpretação que restrinja o cabimento do mandado de segurança coletivo quando impetrado por partidos políticos. Coerentemente, importa acrescentar, ao rol do parágrafo único do art. 21 da Lei n. 12.016/2009, que o mandado de segurança coletivo é meio apropriado para a tutela jurisdicional dos chamados direitos ou interesses difusos. É esta a finalidade da sugestão feita para o § 1º, I, do dispositivo, tomando de empréstimo a definição do Código do Consumidor, regra básica da espécie, e adequando a numeração dos demais incisos para II e III. No final do caput do dispositivo há um pequeno erro de concordância que merece ser 12 solucionado. Em vez de “dispensado, para tanto, autorização especial”, deve constar “dispensada, para tanto, autorização especial”. O § 2º do art. 21 quer espelhar a previsão constante da Constituição Federal (e repetida, no particular, pelo caput do dispositivo) para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. O § 3º do art. 21 pretende esclarecer que também o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil têm legitimidade para a impetração do mandado de segurança coletivo e que podem, quando houver perda de representação legislativa do partido político, assumir os mandados de segurança coletivo por eles iniciados. Constituição Federal (e repetida, no particular, pelo caput do dispositivo) para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. O § 3º do art. 21 pretende esclarecer que também o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil têm legitimidade para a impetração do mandado de segurança coletivo e que podem, quando houver perda de representação legislativa do partido político, assumir os mandados de segurança coletivo por eles iniciados.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Propostas para uma Nova Lei para o Mandado De Segurança*. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/MANDADO_DE_SEGURANCA.pdf> Acesso em: 09 abr. 2014. Insta mencionar, que a justificativa de Scarpinella Bueno é repetida, *ipsis litteris*, pelo Senador Valter Pereira, no PL 222/2010.

mandado de segurança coletivo, o Senador Valter Pereira quis apenas confirmar que o MP, a DP e a OAB são partes legítimas para a propositura do *mandamus* coletivo apesar de até o momento não possuírem expressamente essa prerrogativa.

Registra-se, que a falta de aprovação do Projeto de Lei nº 222/2010, que está em tramitação no Congresso Nacional, não impede a extensão da legitimidade ativa para além daqueles previstos na atual Lei que regulamenta o Mandado de Segurança coletivo, visto que a legitimidade desses outros entes – Ministério Público, Defensoria Pública e Ordem dos Advogados do Brasil - possui embasamento Constitucional e no microsistema processual coletivo.

Feitas essas considerações passamos para a análise dos legitimados ativos para a impetração do mandado de segurança coletivo que não estão expressamente elencados no art. 5º, LXX, da CR/88 e do art. 21 da Lei 12.016/2009.

5.6 Da legitimidade do Ministério Público

Doutrina e jurisprudência já se manifestaram no sentido de que o Ministério Público possui legitimidade ativa para propor a ação de Mandado de Segurança Coletivo com base numa leitura sistêmica da Constituição da República. Nesse contexto, verifica-se que, apesar de não existir previsão expressa, a legitimidade do *parquet* está demonstrada com os fins institucionais do órgão ministerial estabelecidos na Constituição da República nos art. 127 e art. 129.

André Vasconcelos Roque e Francisco Carlos Duarte ponderam que, “ainda que não esteja expressamente contemplada na Constituição, encontra-se perfeitamente afinada com os fins institucionais estabelecidos no art. 129 CF/1988.”⁴⁸⁰ Lucia Valle Figueiredo defende a legitimidade do Ministério Público, uma vez que a Constituição “reservou-se tanto ao Ministério Público quanto aos partidos políticos a defesa dos direitos a cidadania, das liberdades e garantias fundamentais.”⁴⁸¹

O artigo 127 define a função institucional do Ministério Público como uma “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais

⁴⁸⁰ ROQUE, André Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. Aspectos Polêmicos do Mandado de Segurança Coletivo: evolução ou retrocesso? Revista de Processo, v. 203, p. 39. jan. 2012.

⁴⁸¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Mandado de Segurança. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 39.

indisponíveis.” Por sua vez, o artigo 129, III, do mesmo diploma legal afirma que “cumpre ao Ministério Público a defesa dos direitos difusos e coletivos”. Assim, diante das disposições citadas, entende-se que o MP tem legitimidade para impetrar qualquer demanda coletiva, até mesmo a mandamental, uma vez que o mandado de segurança coletivo possui natureza de ação coletiva.

O STJ, imprimindo interpretação ampla à legitimidade ativa no Mandado de Segurança Coletivo, já decidiu que “legitima-se o *Parquet* a toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob o ângulo material ou imaterial.”⁴⁸². E, ainda, “deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.”⁴⁸³. O Tribunal Superior ademais completa: “após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da *legitimatio ad causam* do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança Coletivo.”⁴⁸⁴

Em contrapartida, há entendimento diverso que ampara que o rol do art. 5º, LXX, da CR/88 é taxativo, o que significa que apenas as Organizações Sindicais, as Entidades de Classe, as Associações e os Partidos Políticos possuem legitimidade ativa para a tutela de direitos através do Mandado de Segurança Coletivo.

Hermes Zaneti Júnior salienta que o legislador “preferiu indicar expressamente o rol de legitimados.”⁴⁸⁵ E completa: “o constituinte restringiu a amplitude retirando do rol de legitimados em primeiro momento o Ministério Público, naturalmente vocacionado para a defesa de direitos coletivos (...)”.⁴⁸⁶

Contrariando os argumentos da corrente ampliativa, os defensores da taxatividade do rol dos legitimados do art. 5º, LXX, da CR/88, justificam que não há motivos nem necessidade para ampliar o rol e abranger o Ministério Público, bem como outros legitimados de outras ações de natureza coletiva, já que podem promover a Ação Civil Pública.

Outrossim, defendem que o regime de legitimidade na ação mandamental coletiva é diferente das demais ações coletivas e o art. 6º do CPC exige que haja autorização legal para propor ação em nome alheio, o que demonstraria a impossibilidade de considerar como

⁴⁸² STJ, REsp 700.206/MG, Relator Ministro Luiz Fux.

⁴⁸³ STJ, REsp 700.206/MG, Relator Ministro Luiz Fux.

⁴⁸⁴ STJ, REsp 700.206/MG, Relator Ministro Luiz Fux.

⁴⁸⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Mandado de Segurança Coletivo: aspectos processuais controversos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 94.

⁴⁸⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Mandado de Segurança Coletivo: aspectos processuais controversos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 96.

legítimas pessoas diferentes das elencadas pela lei para propor o mandado de segurança coletivo.

Adepto da posição restritiva Luiz Manoel Gomes Júnior entende que a legitimidade se limita ao rol do artigo 5º, LXX, da CR/88 e do art. 21 da lei 12.016/2009, já que este é taxativo.⁴⁸⁷ Assim, pelo fato de o Ministério Público não estar arrolado entre os legitimados, não poderá manejar referida ação. Somente partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe e associação possuem essa prerrogativa. Este é o mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal que já afirmou que a legitimidade para propor a ação de Mandado de Segurança Coletivo é restrita aos elencados no art. 5º, LXX da Constituição.⁴⁸⁸

Gomes Júnior pondera que o Ministério Público possui legitimidade para propor ação civil pública⁴⁸⁹, que tutela qualquer espécie de direito (coletivo, difuso, individual homogêneo) e admite qualquer espécie de pedido. Consequentemente, para o autor é desnecessário reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público no mandado de segurança coletivo, uma vez que qualquer pretensão poderá ser consignada através da Ação Civil Pública.

Nesse ponto é importante esclarecer que o mandado de segurança possui procedimento próprio: adota rito especial, disciplinado pela lei 12.016/2009. Assim, devido às suas peculiaridades, é mais célere e eficaz que outras ações coletivas, já que possui prazos reduzidos⁴⁹⁰, prioridade no trâmite⁴⁹¹ e o direito deve ser expresso em lei e demonstrado de plano e as provas devem ser apresentadas logo na petição inicial, inexistente espaço para a dilação probatória⁴⁹².

⁴⁸⁷ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; MARCÃO, Renato; FAVRETO, Rogério; PALHARINI JÚNIOR, Sidney. Comentários à Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 220.

⁴⁸⁸ STF, MS 21.059, Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

⁴⁸⁹ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; MARCÃO, Renato; FAVRETO, Rogério; PALHARINI JÚNIOR, Sidney. Comentários à Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 220.

⁴⁹⁰ Lei 12.016/2009 - Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: I - que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações.

⁴⁹¹ Lei 12.016/2009 - Art. 20. Os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo habeas corpus. § 1º Na instância superior, deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que forem conclusos ao relator. § 2º O prazo para a conclusão dos autos não poderá exceder de 5 (cinco) dias.

⁴⁹² Lei 12.016/2009 - Art. 1º. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Diante dessa particularidade, não é correto a afirmação de que a Ação Civil Pública substituiria o mandado de segurança coletivo simplesmente por que o objeto das ações se confundem. Ao optar pelo *mandamus* coletivo, ter-se-á uma resposta mais ágil e eficiente, o que se mostra ainda mais relevante quando se trata de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, uma vez que para alguns direitos de cunho coletivo, como, por exemplo, a proteção ao meio ambiente, a celeridade processual faz toda a diferença para que se alcance o resultado pretendido.

Em relação ao regime de legitimidade, Hermes Zaneti Júnior ensina que “são três técnicas de legitimação mais utilizadas e que foram adotadas no Brasil: 1) legitimação do particular (...), legitimação de pessoas jurídicas de direito privado (...), ou legitimação de órgãos do poder público.”. O autor⁴⁹³ ressalta: “no caso específico do Mandado de Segurança Coletivo, o constituinte escolheu a legitimação exclusiva dos corpos intermediários da ação civil, entidades privadas.” Destaca-se que os partidos políticos deixaram de ser considerados pessoas jurídicas de direito público, na CR/88.⁴⁹⁴

Entretanto, o regime de legitimidade não fundamenta que o rol do art. 5º, LXX, da CR/88 seja taxativo. Isso porque não há nada que impeça que para auferir legitimidade em uma ação coletiva utilize todos os critérios adotados no Brasil – particular, pessoas jurídicas de direitos privado, órgão do poder público. A título de exemplo podemos citar que, na Ação Civil Pública, os critérios para definição da legitimidade abrangem a legitimação da pessoa jurídica de Direito Privado quanto à legitimação de órgãos do Poder Público⁴⁹⁵. Imprimindo entendimento nesse sentido, Barbosa Moreira⁴⁹⁶ aponta que o melhor é a combinação entre as legitimações. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira⁴⁹⁷ reforça: “em sede de legitimação ativa, a lei brasileira apresenta igualmente maior amplitude, englobando concorrentemente, as diversas soluções adotadas em outros países.

No que tange à disposição do art. 6º do Código de Processo Civil, “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”, o Ministério

⁴⁹³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Mandado de Segurança Coletivo: aspectos processuais controversos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 95.

⁴⁹⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Mandado de Segurança Coletivo: aspectos processuais controversos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 95.

⁴⁹⁵ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação [...].

⁴⁹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)*. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 164-165.

⁴⁹⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). Responsabilidade Civil por Danos a Consumidores. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 95.

Público, bem como outros legitimados ativos nas ações coletivas, poderiam propor mandado de segurança coletivo somente se tivessem autorização legal para isso. Entretanto a lei concedeu autorização apenas para partido político, organização sindical, entidade de classe e associação, o que exclui a legitimidade de outras pessoas.

Todavia, como já exposto, a Constituição da República em seus art. 127 e 129 confere legitimidade ao Ministério Público propor qualquer ação que tenha como objeto a proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Portanto, a legitimidade do Ministério Público está expressamente disposta no ordenamento jurídico brasileiro.

Destaca-se, ainda, que a legitimidade do Ministério Público está consagrada no microssistema processual coletivo. Nesse ponto é imperioso citar a lição de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes⁴⁹⁸, ao exaltar que na prática a atuação do Ministério Público é predominante em relação aos demais legitimados coletivos, para não dizer absoluta. Segundo o autor, estudos realizados no Estado do Rio de Janeiro e de São Paulo acusaram a iniciativa do *parquet* em cerca de noventa por cento dos processos⁴⁹⁹. Diante de sua posição dominante como defensor dos direitos transindividuais, sustenta-se com mais clareza a importância da legitimidade do Ministério Público para impetrar o Mandado de Segurança Coletivo.

Vale mencionar, que há uma discussão relacionada com a atuação do Ministério Público quando o objeto da tutela coletiva for um direito individual homogêneo. Essa polêmica se fundamenta no fato de o artigo 129 da CR/88 conferir legitimidade para o MP proteger direitos difusos e coletivos.

Entretanto, como ensina Luiz Manoel Gomes Júnior⁵⁰⁰, a questão não deve ser analisada apenas na literalidade do texto constitucional. Para o referido autor, primeiramente temos que observar que o termo “direito individual homogêneo” foi expresso pela primeira vez no Código de Defesa do Consumidor de 1990, ou seja, dois anos após a promulgação da Constituição da República. Além disso, não há divergência entre as funções institucionais conferidas no texto constitucional para o Ministério Público e a tutela de direitos individuais homogêneos. No mais, Gomes Júnior⁵⁰¹ pondera que o texto constitucional deve ser analisado sob dois prismas: o primeiro consiste no fato de a Constituição tratar de “uma norma escrita

⁴⁹⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 246.

⁴⁹⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 246.

⁵⁰⁰ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 37.

⁵⁰¹ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 37.

para a população em geral, portanto sem preocupação com conceitos técnicos”⁵⁰² e outro é que “na medida do possível, deve-se, ampliar sempre os efeitos dos seus preceitos”⁵⁰³ Acrescenta-se que o STF⁵⁰⁴ já se pronunciou sobre o assunto ao afirmar que o Ministério Público está legitimado para a tutela de qualquer direito transindividual, seja ele difuso, coletivo, ou individual homogêneo.

É pertinente consignar ainda que está em processamento o Projeto de Lei 222/2010, que visa modificar em alguns pontos a Lei de Mandado de Segurança. No tocante à legitimidade, insere o Ministério Público, observadas suas finalidades institucionais, como parte legítima para impetrar o mandado de segurança coletivo. Além disso, está em tramitação um Projeto de Emenda Constitucional nº 74⁵⁰⁵, que tem a pretensão de acrescentar ao inciso LXX, do art. 5º da CR/88 as alíneas “c” e “d”, de modo a legitimar o Ministério Público e a Defensoria Pública para a impetração do mandado de segurança coletivo.

Em vista da análise realizada, com fundamento nas normas da sistematização do direito processual coletivo e nas disposições constitucionais, fica devidamente demonstrada a legitimidade do Ministério Público para o Mandado de Segurança Coletivo.

Na sequência, examinaremos a legitimidade da Defensoria Pública para impetrar o Mandado de Segurança Coletivo.

5.6 Da legitimidade da Defensoria Pública

⁵⁰² GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Curso de Direito Processual Civil Coletivo. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 38.

⁵⁰³ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Curso de Direito Processual Civil Coletivo. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 38.

⁵⁰⁴ STF, AI 748470 AgR/PR, Rel. Ministro Rosa Weber, julgamento 19-11-2013 – Ementa: Direito Processual Civil. Ação Civil Pública. Parcelamento do uso do solo urbano. Direitos Individuais Homogêneos. Legitimidade ativa do Ministério Público Federal. Acórdão Recorrido Publicado Em 22.02.2008. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, razão pela qual não se divisa a alegada ofensa aos dispositivos constitucionais suscitados. Precedentes. Divergir do entendimento do acórdão recorrido que, em preliminar, afastou a ilegitimidade ativa do Ministério Público para atuar juridicamente na defesa de interesses individuais homogêneos e, no mérito – manteve a sentença que declarou nulos os Termos de Concessão de Uso do Solo referentes aos loteamentos não aprovados por Decreto Municipal sem a devida e exigida atualização das matrículas dos imóveis, pois não registrados no competente Cartório imobiliário -, examinou a matéria à luz de normas infraconstitucionais (Leis 6.766/1979 e 7.374/1985 e Código de Processo Civil). O exame da alegada ofensa ao art. 5º da Constituição Federal dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, o que refoge à competência jurisdicional extraordinária, prevista no art. 102 da Constituição Federal. Agravo regimental conhecido e não provido.

⁵⁰⁵ PEC 74/2007 - Acrescenta as alíneas “c” e “d” ao inciso LXX da Constituição Federal, a fim de legitimar o Ministério Público e a Defensoria Pública para a impetração do mandado de segurança coletivo, no exercício de suas atribuições constitucionais, e altera o inciso LXXVII do mesmo art. 5º, para estabelecer a gratuidade das ações de mandado de segurança e de mandado de injunção.

Apesar de a Constituição da República de 1988 e da lei nº 12.016/2009 não terem incluído a Defensoria Pública no quadro de legitimados para o Mandado de Segurança Coletivo, evidencia-se a legitimação dessa instituição para impetrar o *mandamus* coletivo através de uma leitura sistemática da CR/88 e dos diplomas legais que formam o microssistema processual coletivo.

Em primeiro lugar, é importante observar que as normas que regulamentam as ações de natureza coletiva devem ser analisadas de forma integrada, a fim de evitar dúvidas e conflitos na aplicação do direito coletivo. Assim, tendo em vista que o art. 5º, inciso II, da Lei de Ação Civil Pública, - lei esta que compõe o sistema único coletivo - arrola a Defensoria Pública como parte legítima para propositura de ações coletivas, temos, em face da interação desses diplomas coletivos, que a Defensoria Pública possui legitimidade para impetrar o mandado de segurança coletivo.

Somente em 2007, com o advento da lei nº 11.448/2007, é que a legitimidade da Defensoria Pública, para propor Ação Civil Pública, foi prevista expressamente no sistema processual coletivo. Antônio Herman V. Benjamin⁵⁰⁶ define que a adição da Defensoria Pública “trata-se, a toda evidência, de inegável acréscimo ao rol dos legitimados ativos para a tutela coletiva, cuja atuação institucional em favor dos necessitados revela o perfil garantidor do acesso à justiça que expressa a Constituição Federal.”

Embora a consagração legal verificou-se apenas recentemente, a legitimidade da Defensoria Pública para ações coletivas já era admitida pela jurisprudência de vários tribunais. É o que se verifica, por exemplo, no acórdão do STJ, com data de julgamento de 05/09/2006⁵⁰⁷:

Portanto, a Defensoria Pública deve ter legitimidade extraordinária para ajuizar ação civil pública para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos dos consumidores necessitados; pois, dentre as suas funções institucionais, compreende-se, entre outras: “patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado.” (cfr. a Lei Complementar n.º 80, de 12 de janeiro de 1994, em seu art. 4.º, inciso XI).

Cumprido destacar, que uma leitura sistêmica da Constituição da República também revela a legitimidade ativa da Defensoria Pública para impetrar o mandado de segurança coletivo. O art. 134 da CR/88 determina a relevância dessa instituição para garantir a defesa

⁵⁰⁶ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1322.

⁵⁰⁷ STJ - REsp 555111 / RJ. Min. Castro Filho. Julgado em 5/09/2006.

jurisdicional dos hipossuficientes e a efetivação do seu acesso à justiça, ao definir que “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.”

Constata-se que a Constituição da República não limita a função da Defensoria Pública à tutela de direitos individuais; apenas revela seu âmbito de atuação, o que evidencia o valor dessa instituição para o sistema judiciário brasileiro tanto para a tutela de direitos individuais como coletivos.

Além disso, é incontestável a importância de um órgão público destinado à proteção dos direitos coletivos de pessoas hipossuficientes em um país marcado pela desigualdade social como é o Brasil.⁵⁰⁸ Até mesmo porque, como aponta Camilo Zufelato⁵⁰⁹:

No Estado Democrático de Direito proposto pela Constituição Federal de 1988, os direitos e garantias não são somente de índole individual, mas também coletiva. Logo, deve-se notar a absoluta relevância que a Defensoria Pública tem na defesa dos necessitados quando o direito atingir um grupo de sujeitos hipossuficientes.⁵¹⁰

Verifica-se também que diversos dispositivos legais infraconstitucionais atestam o indispensável papel da Defensoria Pública na tutela dos interesses transindividuais. A Lei Complementar nº 80/1994, com redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009, que Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, em seu artigo 4º, incisos VII, VIII, IX aponta a capacidade da Defensoria Pública para a tutela de direitos transindividuais. Vejamos:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:
I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus;
(...);
VII – promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais

⁵⁰⁸ ZUFELATO, Camilo. Da legitimidade ativa *ope legis* da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo – Uma análise a partir do Microssistema de Direito Processual Coletivo Brasileiro e o Diálogo das Fontes. Revista de Processo, vol. 203, p.321, 2012.

⁵⁰⁹ ZUFELATO, Camilo. Da legitimidade ativa *ope legis* da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo – Uma análise a partir do Microssistema de Direito Processual Coletivo Brasileiro e o Diálogo das Fontes. Revista de Processo, vol. 203, p.321, 2012.

⁵¹⁰ ZUFELATO, Camilo. Da legitimidade ativa *ope legis* da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo – Uma análise a partir do Microssistema de Direito Processual Coletivo Brasileiro e o Diálogo das Fontes. Revista de Processo, vol. 203, p.321, 2012.

homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes;

VIII – exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal;

IX – impetrar *habeas corpus*, mandado de injunção, *habeas data* e mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução;

X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela;

Insta mencionar, ainda, o Projeto de Emenda Constitucional nº 74/2007, que legitima o Ministério Público e a Defensoria Pública para a impetração do Mandado de Segurança Coletivo, assunto que já foi analisado no tópico que trata da legitimidade do Ministério Público.⁵¹¹ Registra-se também o Projeto de Lei 222/2010, que visa modificar em alguns pontos a Lei de Mandado de Segurança e adicionar a Defensoria Pública entre os legitimados.

Assim, em face da conjugação do microssistema processual coletivo, seguido dos arts. 134 e 5º, LXXIV, da Constituição da República e da Lei Complementar nº 80/1994, poderá a Defensoria Pública ajuizar qualquer ação para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de pessoas carentes, do que se extrai a legitimidade para o Mandado de Segurança Coletivo.⁵¹²

Nesse ponto faz-se necessário transcrever a lição de Felipe Derzozzi Borges⁵¹³:

Eventual limitação da Defensoria Pública, ante questões estritamente legislativas, implica flagrante retrocesso ao serviço jurisdicional e afronta direta à Constituição Federal que, ante a outorga da legitimação constitucional à Defensoria Pública, visou impulsionar o acesso qualificado dos necessitados ao Poder Judiciário, a representatividade adequada e a redução quantitativa de demandas.

Importante verificar, contudo, qual o limite da legitimidade da Defensoria Pública. A lei de Ação Civil Pública (lei 7.347/1985) não faz nenhuma ressalva; sendo assim, em um

⁵¹¹ PEC 74/2007 - Acrescenta as alíneas “c” e “d” ao inciso LXX da Constituição Federal, a fim de legitimar o Ministério Público e a Defensoria Pública para a impetração do mandado de segurança coletivo, no exercício de suas atribuições constitucionais, e altera o inciso LXXVII do mesmo art. 5º, para estabelecer a gratuidade das ações de mandado de segurança e de mandado de injunção.

⁵¹² BORGES, Felipe Dezorzi. A Legitimidade da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo. Disponível em: <<http://www.anadef.org.br/biblioteca/artigos/2514-a-legitimidade-da-defensoria-publica-para-o-mandado-de-seguranca-coletivo->>. Acesso em: 24 fev. 2014.

⁵¹³ BORGES, Felipe Dezorzi. A Legitimidade da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo. Disponível em: <<http://www.anadef.org.br/biblioteca/artigos/2514-a-legitimidade-da-defensoria-publica-para-o-mandado-de-seguranca-coletivo->>. Acesso em: 24 fev. 2014.

primeiro momento, qualquer direito transindividual poderia ser tutelado por essa instituição.

Entretanto, segundo Eurico Ferraresi⁵¹⁴, “não existe um ‘legitimado universal’ à tutela jurisdicional coletiva. Todos eles devem sempre volver os olhos à missão que a Constituição lhes atribui, e, a partir daí, balizar a atuação”

Observa-se, então, com base nos objetivos institucionais da Defensoria Pública, definidos no art. 134 da CR/88, que essa instituição somente pode propor uma ação coletiva se os direitos nela veiculados, de algum modo, estiverem relacionados à proteção dos interesses dos hipossuficientes. Esse foi o entendimento sustentado pelo Ministro Teori Albino Zavascki no Resp 912.849-RS⁵¹⁵ transcrito, em parte, abaixo:

Se é certo que a Defensoria Pública está investida desses poderes, também é certo que a Constituição estabelece, sob o aspecto subjetivo, um limitador que não pode ser desconsiderado: à Defensoria cumpre a defesa "dos necessitados" (CF, art. 134), ou seja, dos "que comprovarem insuficiência de recursos" (art. 5º, LXXIV). Essa limitação, que restringe a legitimidade ativa a ações visando à tutela de pessoas comprovadamente necessitadas, deve ser tida por implícita no ordenamento infraconstitucional, como, v.g., no art. 4º da LC 80/94 e no art. 5º, II da Lei 7.347/85. Sustentamos esse entendimento também em sede doutrinária (Processo Coletivo, 2ª ed., SP:RT, p.77). E foi justamente assim que entendeu o STF quando apreciou a constitucionalidade do art. 176, § 2º, V, e e f, da Constituição Estadual do Rio de Janeiro, que trata de legitimação dessa natureza (Adin-MC 558-8, Pleno, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 26.03.93).

A grande polêmica reside na hipótese de a ação coletiva não atingir apenas pessoas carentes. A esse respeito Eurico Ferraresi⁵¹⁶ observa que “em se tratando de direitos coletivos e individuais homogêneos o problema se mostra de menor complexidade, uma vez que o grupo é mais facilmente identificado, sobretudo para análise da hipossuficiência.” Já em relação aos direitos difusos ficaria mais difícil uma solução para essa questão, pois essa espécie de direito transindividual não pertence a pessoas determinadas e sim a toda comunidade.⁵¹⁷

Nesse sentido, foi proposta pelo CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público), uma ação indireta de inconstitucionalidade (ADI 3.943/DF), com a

⁵¹⁴ FERRARESI, Eurico. Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo: instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 207.

⁵¹⁵ STJ – Resp 912.849-RS - Relator: Ministro José Delgado. Data do Julgamento 26/02/2008.

⁵¹⁶ FERRARESI, Eurico. Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo: instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 207.

⁵¹⁷ FERRARESI, Eurico. Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo: instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 207.

finalidade de declarar a inconstitucionalidade do inciso II, art. 5º, da Lei 7.347/1985, que dispõe sobre a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública, ou, ao menos, restringir a legitimidade da Defensoria Pública à defesa dos interesses coletivos e individuais homogêneos.

O argumento apresentado se estabelece no entendimento de que a Defensoria Pública só pode agir a favor dos necessitados, por força das suas funções institucionais definidas no art. 134 da CR/88, sendo que a hipossuficiência deve ser comprovada de forma individual, o que afastaria a legitimidade dessa instituição para a defesa coletiva e, mais ainda, na tutela jurisdicional de direitos difusos.

Porém, como analisa Daniele Regina Marchi Nagai Carnaz⁵¹⁸, “há que se ter em mente outros princípios que circundam a propositura de ações civis públicas, notadamente quando tal ação versar sobre tema com reconhecida relevância social, em que se vislumbra o interesse da sociedade na solução coletiva do litígio.”

O que se depreende, então, é que a Defensoria Pública pode propor uma ação coletiva em que os beneficiados pelo resultado não sejam apenas pessoas com insuficiência de recursos.⁵¹⁹ Logo, o resultado da ação coletiva proposta pela Defensoria Pública não recai somente sobre a população carente, mas sobre toda a coletividade que teve seu direito violado independentemente da situação econômica.⁵²⁰

Como observa Cássio Scarpinella Bueno⁵²¹, “o que se deve buscar, em cada caso, é que a Defensoria Pública atue em prol dos direitos e dos interesses que carecem de sua atuação e não vedar aprioristicamente, o reconhecimento de sua legitimidade.” Pondera-se, todavia, que é imprescindível que a Defensoria Pública atue em prol de seus interesses institucionais, ou seja, na defesa de pessoas que comprovem insuficiência de recursos, mas não de forma exclusiva.

⁵¹⁸ CARNAZ, Daniele Regina Marchi Nagai. Da legitimidade ativa da Defensoria Pública na ação civil pública. Revista de Processo, São Paulo, n. 149, jul. 2007, p. 166.

⁵¹⁹ FERRARESI, Eurico. Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo: instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 208.

⁵²⁰ Processual Civil. Ação Coletiva. Defensoria Pública. Legitimidade Ativa. Art. 5º, II, Da Lei Nº 7.347/1985 (Redação da Lei Nº 11.448/2007). Precedente. 1. Recursos especiais contra acórdão que entendeu pela legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ação civil coletiva de interesse coletivo dos consumidores. 2. Esta Superior Tribunal de Justiça vem-se posicionando no sentido de que, nos termos do art. 5º, II, da Lei nº 7.347/85 (com a redação dada pela Lei nº 11.448/07), a Defensoria Pública tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar em ações civis coletivas que buscam auferir responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. 3. Recursos especiais não-providos. (REsp 2006/0279457-5, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, data do julgamento 26/02/2008 - data da publicação/fonte - DJe 28/04/2008).

⁵²¹ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: direito processual coletivo e direito processual público. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2. t. III. p. 219.

Enfim, do modo que assevera Camilo Zuefelato⁵²², “a atuação da Defensoria Pública é uma verdadeira forma de concretização de princípios e valores constitucionalmente estabelecidos”, dado que o desempenho desse órgão público em favor dos necessitados revela o aspecto garantidor do acesso à justiça.⁵²³ Para tanto, é indispensável a ampliação dos legitimados no mandado de segurança coletivo para abranger a Defensoria pública, visto a importância da ação mandamental no cenário das ações coletivas.

Resta claro, portanto, que as premissas constitucionais e o microssistema processual coletivo asseguram a impetração do Mandado de Segurança Coletivo pela Defensoria Pública e, por conseguinte, o acesso qualificado à justiça em favor dos necessitados, uma vez violado um direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. Dessa forma, a atuação da Defensoria Pública não deve ser limitada quando predominam o interesse coletivo dos necessitados.

5.7 Da legitimidade do cidadão

Apesar do silêncio do inciso LXX do art. 5º da Constituição da República e da Lei 12.016/2009, não há como recusar a legitimidade ativa do cidadão para a impetração do mandado de segurança coletivo. Ela decorre da interação das leis que disciplinam a tutela coletiva, mais especificamente da Lei Ação Popular, lei esta que compõe o microssistema coletivo e legitima o cidadão para sua propositura. O correto é que a averiguação de quem pode ser impetrante deve seguir um reconhecimento amplo no sentido de abranger todos que podem invocar a proteção dos direitos coletivos e garantir sua efetividade.

Primeiramente é importante conceituar quem é o cidadão, para assim definir quem está legitimado a defender os direitos tuteláveis em sede de mandado de segurança coletivo. Segundo, José Afonso da Silva⁵²⁴, “cidadão, no direito brasileiro, é o indivíduo que seja titular dos direitos políticos de votar e ser votado e suas consequências”, o que significa que, para a tutela de um direito coletivo, é imprescindível que o indivíduo possua título de eleitor.

Em contrapartida, e com o posicionamento que nos parece mais acertado, Luiz Manoel

⁵²² ZUFELATO, Camilo. Da legitimidade ativa *ope legis* da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo – Uma análise a partir do Microssistema de Direito Processual Coletivo Brasileiro e o Diálogo das Fontes. Revista de Processo, vol. 203, p.321, 2012.

⁵²³ ZUFELATO, Camilo. Da legitimidade ativa *ope legis* da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo – Uma análise a partir do Microssistema de Direito Processual Coletivo Brasileiro e o Diálogo das Fontes. Revista de Processo, vol. 203, p.321, 2012.

⁵²⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 346.

Gomes Júnior⁵²⁵ ensina que cidadão é “qualquer integrante da população brasileira e não apenas o eleitor.” Nesse mesmo sentido se posiciona Assagra⁵²⁶ ao argumento de que o texto constitucional não estabelece qualquer restrição da dimensão de cidadão para fins de legitimidade ativa em sede de ação popular e, no caso específico do presente estudo, no mandado de segurança coletivo.

Feitas essas considerações preliminares, passamos para o exame dos argumentos favoráveis e desfavoráveis à legitimidade ativa do cidadão no mandado de segurança coletivo.

Cássio Scarpinella Bueno verifica, na disposição do art. 3º da lei 12.016/2009, que regulamenta que “quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o Mandado de Segurança”, a figura da legitimação extraordinária, o que de acordo com o autor, assemelha-se com o direito individual homogêneo definido no art. 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor.⁵²⁷

Scarpinella Bueno esclarece que, na prática, essa legitimidade se configura, por exemplo, na hipótese de contratação de pessoas para exercício de função ou cargo público sem observância da regra prevista no artigo 37, II da Constituição da República – “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração” - preterindo os candidatos aprovados no certame específico exigido pela norma constitucional. Assim, qualquer candidato aprovado, independente da ordem de classificação, pode impetrar o mandado de segurança para garantir o direito líquido e certo dos aprovados do certame. Visualiza-se aqui um direito individual homogêneo e o resultado da defesa não irá atingir apenas o impetrante, mas uma coletividade (todos os aprovados no concurso público), o que pode ser tutelado através de uma ação coletiva e, nesse caso específico, através do Mandado de Segurança Coletivo.⁵²⁸

Cássio Scarpinella Bueno pondera, entretanto, que a legitimidade ativa do cidadão para impetração do mandado de segurança coletivo fica adstrita à situação em que o impetrante seja portador do direito objeto da tutela coletiva, isto é, ele deve ser beneficiário

⁵²⁵ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Ação Popular: aspectos polêmicos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 214.

⁵²⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra. Manual das Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 367.

⁵²⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: direito processual coletivo e direito processual público. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2. t. III. p. 47.

⁵²⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: direito processual coletivo e direito processual público. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2. t. III. p. 49.

direto do resultado da demanda. Logo, não pode ser impetrado por um cidadão estranho à relação jurídica, pois, nesse caso, estaríamos diante da Ação Popular e como dispõe a súmula 101 do Supremo Tribunal Federal: “O mandado de segurança não substitui a ação popular.”⁵²⁹

Todavia, discordamos do entendimento de Cássio Scarpinella, pois, como já analisado no tópico que trata da natureza jurídica da legitimidade coletiva, nas ações que buscam a tutela de direitos transindividuais a legitimidade é autônoma e suas características não se adaptam ao exemplo apresentado por Scarpinella.

Não obstante, Elpidio Donizzeti e Marcelo Cerqueira, defensores da legitimidade ativa do cidadão para impetração do mandado de segurança coletivo, afirmam: “há de se admitir o manejo dessa demanda por qualquer um dos legitimados pelo microsistema processual coletivo, inclusive pelo cidadão naqueles mesmos casos em que estaria autorizado a propor Ação Popular.”⁵³⁰⁻⁵³¹

Atenta-se nesse ponto a súmula do STF nº 101, editada em 1963, que disciplina que “o mandado de segurança não substitui a ação popular”. Resta-nos, então, analisar qual o alcance dessa súmula a fim de verificar a possibilidade de impetração do *mandamus* coletivo como sucedâneo da Ação Popular. Para isso, examinaremos com acuidade os acórdãos paradigmas que sustentaram a elaboração da referida súmula.

O primeiro precedente que fundamenta a súmula 101, trata-se do Mandado de Segurança nº 1000, julgado em 24-10-1951, que foi assim ementado⁵³²:

Mandado de segurança; não sendo o ato impugnado originário das Mesas de Câmara e do Senado, seria o Supremo Tribunal incompetente para conhecer do mandado. O art. 141, § 38, da Constituição Federal institui a chamada ação popular, que se não confunde nem identifica com o mandado de Segurança; traços diferenciais e fundamentais entre ambos. - Incabível é o mandado para invalidar ato legislativo que aumentou o subsídio dos deputados e senadores, só o fundamento de ser lesivo do patrimônio da união, por estar em causa, não a defesa de um direito subjetivo dos requerentes, mas de interesse geral.

Através de uma leitura acurada do referido acórdão, o que se observa é que a

⁵²⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: direito processual coletivo e direito processual público. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2. t. III. p. 50.

⁵³⁰ DONIZETTI, Elpidio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. Curso de Processo Coletivo. São Paulo: Atlas, 2010. p. 433.

⁵³¹ Constituição Federal, art. 5º, LXXIII: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

⁵³² STF, MS 1000/DF, rel. Min. Edgard Costa, julgado em 24-10-1951.

invalidade do mandado de segurança como substituto da ação popular, está fundamentada no fato de que o *writ* é cabível apenas para a defesa de um direito subjetivo, “pertencente ao patrimônio de quem o requeira”⁵³³, e não para tutela de um interesse geral, que era o objeto do Mandado de Segurança nº1000.

Importante consignar que nesse julgado foi proferido um voto, que restou vencido, sobre a possibilidade do mandado de segurança substituir a ação popular, proferido pelo Ministro Hahnemann Guimarães, acompanhado pelo Ministro Orosimbo Nonato, do qual se extrai o seguinte trecho⁵³⁴:

Sr. Presidente, parece-me que a ação popular, de que cuida o §38 do art. 144 da Constituição, pode ser ajustada ao processo sumaríssimo do mandado de segurança. Não se opõe a esta conclusão o ensinamento do egrégio Castro Nunes, porque ele mesmo assinala que, quando a lesão do patrimônio público, federal, estadual ou municipal, redundar em ofensa de direito individual, cabe ao cidadão pedir seja reparada ela pelo mandado de segurança.

Coincide, aliás, esta afirmação com o que já dispõe o art. 319, §1º, do Código de Processo Civil onde se diz: “Quando o direito ameaçado ou violado couber a uma categoria de pessoas indeterminadas, qualquer delas requerer mandado de segurança.”

Assim, pode ser o cidadão atingido através de lesão causada ao patrimônio público federal, estadual, ou municipal; pode ser atingido no seu direito subjetivo, no seu direito individual.

Deste modo, Sr. Presidente, parece-me que é possível promover-se a ação popular, por meio de processo sumaríssimo do mandado de segurança.

Para Alexandre de Freitas Câmara⁵³⁵ “pode-se mesmo dizer que este voto vencido do Ministro Hahnemann Guimarães foi uma antevisão do mandado de segurança coletivo, já que ali se admitia a utilização do mandado de segurança para a proteção de interesses transindividuais.”

O segundo precedente da súmula 101 do STF é o Mandado de Segurança nº 1.768, julgado em 23/4/1953⁵³⁶, assim ementado:

Mandado de segurança. Hipótese de caber o direito violado a várias pessoas. A lei permite a qualquer delas requerer a segurança (art. 1º § 2º da lei 1.533 de 1951), mas supõe que se trate de um direito e não apenas de um interesse. A ação popular não pode ser substituída pelo mandado de segurança e, além disso, a constituição a concede para anulação, não de

⁵³³ STF, MS 1000/DF, rel. Min. Edgard Costa, julgado em 24-10-1951.

⁵³⁴ STF, MS 1000/DF, rel. Min. Edgard Costa, julgado em 24-10-1951.

⁵³⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do Mandado de Segurança. São Paulo: Atlas, 2013. p. 134.

⁵³⁶ STF, MS 1.768/DF, rel. Min. Luiz Gallotti, julgado em 23/4/1953.

quaisquer atos ilegais mas "de atos lesivos do patrimônio da união, dos estados, dos municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista" (art. 141 § 38). Indeferimento da segurança, uma vez que não invocam os impetrantes um direito mas apenas um interesse.

O que se observa é que a impossibilidade de utilizar o mandado de segurança foi justificada pelo fato de que os impetrantes não tinham um direito, mas apenas um interesse que fugia da esfera individual. Assim, seria imprescindível a propositura de uma ação popular para defesa do interesse pleiteado. O que também não se mostra suficiente para justificar a inviabilidade do mandado de segurança nos dias atuais, visto a possibilidade da tutela coletiva por meio do *mandamus*.⁵³⁷ Como explica Mancuso o interesse antes era pertinente “a toda uma coletividade e a cada um dos membros dessa mesma coletividade”, já o direito subjetivo se referia a um titular determinado.

Finalmente, no terceiro precedente da súmula 101 do STF, o impetrante afirmou ajuizar uma ação popular pela via do mandado de segurança, com a finalidade de contestar ato do Presidente da República que autorizou a ocupação ou permanência de força militar estrangeira, com apetrechos bélicos, na Ilha de Fernando de Noronha. O Tribunal então decidiu no Mandado de Segurança de nº 4503⁵³⁸, julgado em 11/10/1957, conforme ementa, que “Inidoneidade do mandado de segurança, para através dele veicular uma ação popular. Constituição Federal, art. 141, parágrafo 38; idem parágrafo 24. Não conhecimento.”

Para fundamentar o julgamento desse último precedente foram citados os outros acórdãos (MS 1.000 e MS 1.768) e o que se tem aqui é realmente o que já foi observado nos outros julgados, o fato de o direito pleiteado não ser subjetivo, mas um direito de alcance mais amplo.

Consta-se ainda que nos três precedentes analisados houve a prática de um ato ilegal ou abuso por parte de uma autoridade pública. O que se discutia é que o meio utilizado não era viável devido ao fato de que a impetração do mandado de segurança era restrito a um direito subjetivo, sendo impossível a tutela de um interesse geral.

Assim, entendemos que o que impedia essa tutela através do mandado de segurança era que sua defesa se limitava a direitos individuais, o que não permanece no texto

⁵³⁷ “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”. (Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; WANTANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2. p. 70.)

⁵³⁸ STF, MS 4503/DF, rel. Min. Ribeiro da Costa, j. em 11/10/1957.

constitucional atualmente. Dessa forma, verifica-se que todos os direitos reclamados nos precedentes analisados poderiam ser tutelados através do Mandado de Segurança Coletivo. Caso se perceba a impossibilidade da propositura do *mandamus* coletivo, os argumentos não seriam a impossibilidade de utilizá-lo como substituto da ação popular, conforme sustentam os acórdãos paradigmas da súmula 101 do STF.

Verifica-se, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal, mais de 60 anos depois do primeiro precedente, continua invocando a súmula 101, mesmo diante de “um regime constitucional completamente diferente”⁵³⁹, como aponta Alexandre Câmara.

Nesse sentido, um exemplo é o Mandado de Segurança de número 25.743, assim ementado⁵⁴⁰:

Ementa Embargos De Declaração Em Mandado De Segurança – Conversão Em Agravo Regimental – Aplicação De Recursos Públicos – Ausência De Argumentos Suscetíveis De Modificar A Decisão Agravada – Súmula STF nº 101 – Agravo Regimental Não Provido. 1. Nos termos da pacífica jurisprudência desta Corte, não se admitem embargos de declaração contra decisão monocrática de relator. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental. Precedentes. 2. Legitimidade dos cidadãos para a propositura de ação popular na defesa de interesses difusos (art. 5º, LXXIII, CF/88), na qual o autor não visa à proteção de direito próprio, mas de toda a comunidade - no caso, a aplicação de recursos públicos arrecadados às finalidades para as quais foram criadas as exações tributárias. 3. O mandado de segurança não pode ser usado como sucedâneo de ação popular (Súmula STF nº 101). 4. Agravo regimental não provido.

Dessarte, o fundamento da edição da súmula 101 do STF é o fato de que naquela época não era cabível mandado de segurança para tutela de direitos coletivos, o que estaria ultrapassado atualmente em vista da previsão expressa no texto constitucional do Mandado de Segurança Coletivo.

Depreende-se da análise realizada que a Súmula 101 do STF, editada em 1963, deve ser reinterpretada em função da nova visão da Constituição da República de 1988. Leonardo Silva Nunes⁵⁴¹ orienta que é necessária a permanente revisão das súmulas, “para que sejam atualizadas ou, mesmo, canceladas, a fim de evitar que o seu ‘engessamento’ se torne subterfúgio para inviabilizar o próprio direito ou o exercício das garantias constitucionais

⁵³⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Manual do Mandado de Segurança. São Paulo: Atlas, 2013. p. 135.

⁵⁴⁰ STF, MS 25743 ED/DF, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 4.10.2011.

⁵⁴¹ NUNES, Leonardo Silva. Mandado de Segurança coletivo: tutela de direitos difusos e legitimidade ativa expansiva. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação em direito da Faculdade de Direito da UFMG, 2014. p. 146.

mais adequadas à sua concretização.”

A referida súmula foi editada em um contexto histórico, “no qual reinavam absolutos os direitos individuais subjetivos, em contraposição aos ‘meros interesses’”⁵⁴², sendo que esses últimos englobavam os direitos coletivos em sentido amplo. Atualmente, não há mais que se fazer distinção entre direitos e interesses, sendo que ambos são positivados no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, tendo em vista o microsistema processual coletivo e a inaplicabilidade prática da súmula 101 do STF frente à possibilidade da tutela coletiva de direitos através do mandado de segurança, entendemos que o cidadão é parte legítima para impetrar o mandado de segurança nas hipóteses em que é cabível a ação popular, mas não somente nestas, em todas as hipóteses em que houver violação de um direito coletivo, por um ato ilegal ou abusivo de uma autoridade pública, ou quem o faça as vezes.

Entretanto, a legitimidade do cidadão deve observar alguns requisitos, não deve ser ilimitada. Entendemos que essas limitações que devem ser observadas para legitimar o cidadão para a propositura do mandado de segurança coletivo, são aquelas apontadas nos Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos do Ministério da Justiça, coordenada por Ada Pellegrini Grinover e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos realizado no âmbito da UERJ, coordenado por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes.

Primeiramente, deve-se observar a representatividade adequada da pessoa física, ou seja, se aquela pessoa que propôs o *mandamus* coletivo tem algum interesse no direito coletivo que está defendendo. Além disso, a legitimidade de qualquer pessoa física deve ficar adstrita a proteção de direitos difusos. Quando se tratar de direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, o cidadão deve ser membro do grupo, categoria ou classe, que teve um direito violado.

Importante mencionar que um dos argumentos apresentado por aqueles que são contrários a legitimidade do cidadão nas ações coletivas consiste no fato de que a pessoa física já possui legitimidade para propor a ação popular, não havendo assim necessidade de ampliar os instrumentos de sua atuação⁵⁴³. Além desse, outra justificativa oposta à legitimidade do indivíduo para a tutela de direitos metaindividuais, refere-se ao fato de que

⁵⁴² NUNES, Leonardo Silva. Mandado de Segurança coletivo: tutela de direitos difusos e legitimidade ativa expansiva. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação em direito da Faculdade de Direito da UFMG, 2014. p. 145-146.

⁵⁴³ FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 137.

este “não está preparado para utilizar judicialmente as ações coletivas e que, se essa possibilidade lhe fosse aberta, teríamos um enorme número de demandas sem relevância, o que retiraria a força e credibilidade desse instrumento.”⁵⁴⁴

Porém, como assevera Ferraresi, não se pode negar a legitimidade do cidadão simplesmente porque a finalidade da propositura pode não ser nobre. O que se deve exigir é que o cidadão descreva um fato ilegal ou lesivo ao interesse público e “isso já é mais que suficiente para reconhecer a importância da legitimidade popular.”⁵⁴⁵ Ademais, afirmar que o cidadão não está preparado para propositura das ações coletivas “é o mesmo que dizer que o brasileiro não deve votar, já que escolhe mal seus governantes”⁵⁴⁶.

Importante observar nos acórdãos precedentes da súmula 101 que a opção dos cidadãos ao se utilizarem do mandado de segurança ao invés da ação popular foi o seu rito sumaríssimo. Visualiza-se aqui mais um motivo para ampliar a legitimidade do cidadão para o manejo do mandado de segurança coletivo, já que o rito diferenciado da ação mandamental é capaz de produzir um resultado mais célere e, por isso, muitas vezes mais efetivo.

Por conseguinte, fica devidamente definido que o indivíduo, eleitor ou não, pode acionar o judiciário através do *writ* coletivo para a defesa de um direito transindividual violado, ou que esteja ameaçado de ser, por uma autoridade, ou quem o faça às vezes, desde que observado algumas condições.

Como observa Eurico Ferraresi⁵⁴⁷, “se a pessoa física, o membro do grupo social, categoria ou classe, pertence ao grupo social, obrigá-los a depender de corpos intermediários ou estatais para fazer valer um direito que também é seu, afigura-se antes de tudo, arbitrário e inconstitucional.” Ademais, de acordo com Ferraresi, “a defesa dos direitos supra-individuais, nos moldes como vem sendo feita no Brasil, traz um desserviço à cidadania.”⁵⁴⁸

Portanto, a ampliação da legitimidade do cidadão para a defesa de direitos coletivos

⁵⁴⁴ FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 137.

⁵⁴⁵ FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 137.

⁵⁴⁶ FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 137.

⁵⁴⁷ FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 143.

⁵⁴⁸ FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 143.

através do mandado de segurança é tanto possível quanto necessária e sua importância decorre dos princípios da democracia e do amplo acesso à justiça.

O que se observa, é que a extensão da legitimidade do cidadão significa maior efetividade na defesa dos direitos transindividuais, até mesmo porque o cidadão é o maior interessado na proteção desses direitos, ao passo que com a violação dessas normas é sempre atingido. Importante ainda ressaltar que não há nenhum limite no texto constitucional e infraconstitucional para a legitimidade do particular ao manejo do mandado de segurança coletivo, mas ao contrário, a legitimidade do cidadão é verificada no microssistema coletivo de direito processual coletivo.

5.8 Da legitimidade da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações públicas, sociedades de economia mista e órgãos públicos sem personalidade jurídica

Embora o STF⁵⁴⁹, imprimindo interpretação restritiva à legitimidade no mandado de segurança coletivo, já decidiu que o Estado-Membro não é parte legítima para impetração do *mandamus*, uma vez que este não está entre os legitimados arrolados constitucionalmente para a propositura da referida ação coletiva, entendemos que não há como deixar de reconhecer legitimidade desses entes e órgãos públicos para o manejo da ação mandamental coletiva, com base na integralização das normas de direito coletivo.

A Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, os dois principais diplomas que compõem o sistema processual coletivo, garantem legitimidade ativa a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista para tutela dos direitos transindividuais. Assim, por força do microssistema processual coletivo deve-se ampliar a legitimidade para impetração do mandado de segurança coletivo para esses entes da administração pública direta e indireta.

A atuação das pessoas públicas no polo ativo do mandado de segurança coletivo é um meio eficaz para defender o correto exercício de suas próprias competências públicas

⁵⁴⁹ Mandado de segurança coletivo: questão de legitimidade extraordinária de Estado-Membro em defesa de interesses da sua população. Ao Estado-Membro não se outorgou legitimação extraordinária para a defesa, contra ato de autoridade federal no exercício de competência privativa da união, seja para a tutela de interesses difusos de sua população - que é restrito aos enumerados na lei da ação civil pública (l. 7.347/85 -, seja para a impetração de mandado de segurança coletivo, que é objeto da enumeração taxativa do art. 5º, lxx da constituição. (MS 21059 / RJ - Mandado de Segurança - Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence - julgamento: 05/09/1990 - órgão julgador: tribunal pleno).

eventualmente frustradas ou ameaçadas por outro ente público, seja da administração direta, indireta ou de outro ente federado.⁵⁵⁰

Ao manifestar entendimento sobre a legitimidade ativa de pessoa jurídica de direito público no mandado de segurança individual, criado tradicionalmente como meio de defesa do indivíduo contra o Estado, Arnoldo Wald discorre que o *mandamus* “evoluiu no sentido de se tornar um instrumento eficaz de manutenção do sistema de freio e contrapesos, servindo para corrigir inconstitucionalidades e ilegalidades surgidas nos conflitos entre os diversos poderes de uma mesma unidade política ou entre a União, o Estado e o Município.”⁵⁵¹ O autor completa: “na falta de outro elemento rápido e eficaz para solucionar tais contendas, a própria administração tem recorrido ao mandado de segurança, que passou a ser impetrado por pessoas jurídicas de direito público.”⁵⁵²

Os argumentos apresentados por Arnoldo Wald devem ser considerados também para o Mandado de Segurança Coletivo, uma vez que o mais importante é a efetividade e a proteção dos direitos transindividuais.

A propósito, Cássio Scarpinella Bueno⁵⁵³ afirma:

Embora tradicionalmente os direitos e garantias individuais (as liberdades públicas) sejam estruturados a partir dos indivíduos e a eles dirigidos (como verdadeiros limites à atuação do Estado), não há como deixar de reconhecer que as diversas pessoas públicas podem, eventualmente, apresentar-se como titulares de direitos em face de outras, justificando, assim, a impetração, desde que seus demais pressupostos estejam presentes.

Cumprе salientar que é exigido desses órgãos a demonstração de pertinência temática, isto é, o vínculo entre os fatos impugnados e os objetivos do ente ou órgão público. Como esclarece Kazuo Watanabe⁵⁵⁴, em relação às ações envolvendo relações de consumo:

A legitimação será concorrente e disjuntiva sempre que todos os entes públicos tenham, pelas características da lide, seja pela natureza do bem jurídico ameaçado ou lesado, seja pela amplitude da ameaça ou da lesão, seja

⁵⁵⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: direito processual coletivo e direito processual público. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2. t. III. p. 47.

⁵⁵¹ WALD, Arnoldo. Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 177.

⁵⁵² WALD, Arnoldo. Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 177.

⁵⁵³ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: direito processual coletivo e direito processual público. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2. t. III. p. 47.

⁵⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; WANTANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2. p. 94.

ainda pela quantidade e localização dos titulares dos interesses ameaçados ou lesados, a atribuição de promover a defesa dos consumidores no caso concreto, em razão do vínculo que possuam com esses consumidores.

Se nenhum nexos mantêm, porque os consumidores pertencem a outro Município ou a Estado diverso, evidentemente a legitimação as causam não lhe diz respeito. Todavia, se os interesses ameaçados ou lesados guardam ligação com vários Municípios, qualquer deles poderá tomar a iniciativa da demanda. O mesmo ocorre com os Estados, cuja atribuição mais significativa é relativa aos interesses regionais, estaduais e interestaduais. Em linha, de princípio, a União deverá se preocupar com os interesses de âmbito nacional, mas nada obsta a que adote a iniciativa da tutela de interesses locais ou regionais, mormente na omissão dos demais legitimados.

Em sentido diverso é a lição de Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery⁵⁵⁵ que explicam que “o interesse processual na ACP é aferível em razão da qualidade do direito tutelado (...), que transcende a individualidade (...). Assim, o Estado de São Paulo, legitimado que está pela norma comentada, tem, *ipso facto*, interesse processual em ajuizar ACP no Amazonas, para a tutela de interesses difusos.”

Aderimos, todavia, à lição de Watanabe, pois a exigência da pertinência temática está ligada ao interesse do ente público em relação à matéria contestada.

Não se pode deixar de mencionar a legitimidade dos órgãos da administração pública sem personalidade jurídica, para a defesa coletiva de direitos, em razão do disposto no art. 82, inciso III, do CDC. Dessa forma, com base na completa interação existente entre os diplomas de tutela coletiva, esses também são legítimos para impetrar o mandado de segurança coletivo. Pondera-se, conforme lição de Gregório Assagra de Almeida⁵⁵⁶, que “para que seja aferida a legitimidade, é necessário que a tutela pretendida por intermédio da ação coletiva esteja inserida nas finalidades institucionais do respectivo ente público despersonalizado.”

Nota-se, enfim, que em razão da uniformização e harmonização do microssistema processual coletivo vigente no ordenamento jurídico brasileiro, a legitimidade ativa para o Mandado de Segurança Coletivo também pertence aos entes e órgãos da Administração Pública direta e indireta, abrangendo também aqueles que não possuem personalidade jurídica.

5.9 Da legitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil

⁵⁵⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.1444.

⁵⁵⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra. Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 518.

A Ordem dos Advogados do Brasil é uma autarquia federal com regime especial, regulada pela Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB). Como ponderado pelo ministro Humberto Martins em julgamento do Recurso Especial nº 1.351.760, “a Ordem dos Advogados do Brasil foi considerada pelo Supremo Tribunal Federal como algo mais do que um conselho profissional. Ela foi alçada a uma categorização jurídica especial, compatível com a sua importância e peculiaridade no mundo jurídico”⁵⁵⁷.

A Ordem dos Advogados do Brasil não possui legitimidade expressa na Constituição da República e na Lei 12.016/2009 para impetrar o Mandado de Segurança Coletivo. Entretanto, através de uma leitura sistematizada e interligada das normas que disciplinam o processo coletivo verifica-se a legitimidade da OAB para a propositura de ações coletivas, o que engloba o *mandamus* coletivo.

O Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003, prevê em seu art. 81, III, a legitimidade da OAB para propor ações civis fundadas em interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, dispositivo este que deve ser aplicado integrativamente a todo microssistema processual coletivo. Além disso, a legitimidade da OAB para a impetração do mandado de segurança coletivo advém do disposto no art. 54, XIV, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), no sentido que compete ao Conselho Federal da OAB “ajuizar ação direta de inconstitucionalidade de normas legais e atos normativos, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e demais ações cuja legitimação lhe seja outorgada por lei;”.

Sublinha-se que o projeto de lei nº 222/2010, que altera a Lei do Mandado de Segurança amplia a legitimidade ativa para a impetração da referida ação, enumerando a OAB como parte legítima para a propositura do *mandamus* coletivo.

Para Luiz Manoel Gomes Júnior⁵⁵⁸ independente da proposta da lei 222/2010 a Ordem dos advogados do Brasil já possui legitimidade para a impetração do Mandado de Segurança Coletivo, visto que trata-se de uma entidade associativa.

Portanto não há dúvidas a respeito da legitimidade da OAB para impetração do mandado de segurança coletivo.

⁵⁵⁷ STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.351.760 - PE - Relator: Ministro Humberto Martins – Dje: 09/12/2013.

⁵⁵⁸ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; MARCÃO, Renato; FAVRETO, Rogério; PALHARINI JÚNIOR, Sidney. Comentários à Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 236.

Cumpra analisar, ainda, o alcance da legitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil, para assim definir se a atuação da OAB na tutela de direitos coletivos em sentido amplo estaria restrita a defesa dos direitos transindividuais da categoria de advogados ou se sua atuação seria ampla e englobaria a defesa de indivíduos que não pertença a essa categoria profissional.

Para Hugo Nigro Mazzilli⁵⁵⁹ a OAB pode ajuizar ações civis públicas em que o objeto seja compatível com seus fins institucionais. Assim, de acordo com o referido autor, quando a OAB pleiteia a defesa de um direito metaindividual de alcance social, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente sadio, “está não apenas defendendo garantias fundamentais das próprias pessoas (seja elas ou não advogados ou estagiários), como também está zelando por direitos fundamentais de toda a coletividade; dessa forma, tal tutela se insere duplamente nos objetivos da entidade”.

Sublinha-se nesse sentido que conforme disposição do art. 44, do Estatuto da OAB – Lei 8906/94 - a Ordem dos advogados do Brasil tem como finalidade não apenas a defesa de seus membros, mas também a defesa da Constituição, da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os direitos Humanos, a justiça social, o que abrange inevitavelmente todos os direitos transindividuais.

Portanto, a OAB tem legitimidade para ingressar com qualquer ação para a defesa de direitos metaindividuais, sejam eles inerentes à classe de advogados ou não, visto que a violação de tais direitos representa à violação à Constituição, à ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os Direitos Humanos, a justiça social, devendo ainda pugnar pela aplicação das leis e pelo aperfeiçoamento das instituições jurídicas.

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou expressamente nesse sentido na decisão proferida no julgamento do Recurso Especial nº 1.351.760/DF:

(...) não é possível limitar a atuação da OAB em razão de pertinência temática, uma vez que a ela corresponde a defesa, inclusive judicial, da Constituição Federal, do Estado de Direito e da justiça social, o que, inexoravelmente, inclui todos os direitos coletivos e difusos.

⁵⁵⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 321.

Paulo Lôbo, ao se manifestar sobre o assunto, asseverou que a legitimidade da OAB para propor ações de natureza coletiva não é restrita a defesa dos direitos transindividuais de seus inscritos, sendo desnecessária a comprovação de pertinência temática.⁵⁶⁰

Registra-se que nem sempre foi esse o entendimento do STJ. Em acórdão proferido 2006, que teve como relator o Ministro João Otávio de Noronha, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser necessária a demonstração de pertinência temática, uma vez que “A OAB (Conselho Federal e Seccionais) somente possui legitimidade para propor ação civil pública objetivando garantir direito próprio e de seus associados, e não de todos os municípios.”⁵⁶¹

Importante analisar, ainda, se a legitimidade para impetração do Mandado de Segurança Coletivo estaria restrita ao Conselho Federal da OAB ou se suas Seccionais também seriam legitimadas ativas.

O Superior Tribunal de Justiça em acórdão proferido em 2006 decidiu que os Conselhos Seccionais não possuem legitimidade para a propositura de ação civil pública, conforme ementa transcrita abaixo⁵⁶²:

Processual Civil. Recurso Especial. Ação Coletiva. Ilegitimidade da Subseção da OAB. Taxa de iluminação pública. Art. 54 da lei n.8.906/94.
 1. As subseções da OAB, carecendo de personalidade jurídica própria, não possuem legitimidade para propositura de ação coletiva.
 2. A OAB (Conselho Federal e Seccionais) somente possui legitimidade para propor ação civil pública objetivando garantir direito próprio e de seus associados, e não de todos os municípios.
 3. Recurso especial provido.

Entretanto, através de uma leitura ampla do Estatuto da OAB é possível verificar que não há distinção entre os Conselhos Seccionais e o Conselho Federal da OAB. O referido estatuto na realidade equiparou esses conselhos ao dispor em seu art. 59 que: “A diretoria do Conselho Seccional tem composição idêntica e atribuições equivalentes às do Conselho Federal, na forma do regimento interno daquele.”

A única limitação prevista no Estatuto da OAB em relação à atuação dos Conselhos Seccionais diz respeito a competência territorial: “Os Conselhos Seccionais, dotados de

⁵⁶⁰ LÔBO, Paulo. Comentários ao Estatuto da advocacia e da OAB. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 290-291.

⁵⁶¹ REsp 331403 / RJ - RECURSO ESPECIAL - 2001/0080826-5 - Relator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123) Órgão Julgador - T2 - SEGUNDA TURMA - Data do Julgamento 07/03/2006 - Data da Publicação/Fonte DJ 29/05/2006 p. 207

⁵⁶² REsp 331403 / RJ - RECURSO ESPECIAL - 2001/0080826-5 - Relator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123) Órgão Julgador - T2 - SEGUNDA TURMA - Data do Julgamento 07/03/2006 - Data da Publicação/Fonte DJ 29/05/2006 p. 207

personalidade jurídica própria, têm jurisdição sobre os respectivos territórios dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Territórios.” (art. 45, parágrafo único, Lei 8.906/94).

O STJ, em acórdão de relatoria do Ministro Humberto Martins, modificou sua própria jurisprudência ao proferir que:

A legitimidade ativa – fixada no art. 54, XIV, da Lei n. 8.906/94 – para propositura de ações civis públicas por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, seja pelo Conselho Federal, seja pelos conselhos seccionais, deve ser lida de forma abrangente, em razão das finalidades outorgadas pelo legislador à entidade (...)

Nesse sentido é a lição de Paulo Lôbo⁵⁶³ ao afirmar que não apenas o Conselho Federal possui legitimidade para propor ações coletivas, mas também os Conselhos Seccionais e Subseções quando contarem com Conselho próprio.

Pode-se assim afirmar, portanto, que a OAB possui legitimidade ativa para impetrar o mandado de segurança coletivo por força do microssistema processual coletivo e da competência disposta expressamente no Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Observa-se ainda que não há limitação ao ajuizamento de mandado de segurança coletivo em razão de pertinência temática, com base nas suas finalidades institucionais fixadas no art. 44, I, da Lei nº 8.906/94. Ademais a legitimidade ativa da OAB abrange tanto os Conselhos Federais, quanto os conselhos seccionais, sendo que em relação a esses últimos deve ser observado o limite territorial fixado no art. 45, §2º da Lei nº 8.906/94.

⁵⁶³ LÔBO, Paulo. Comentários ao Estatuto da advocacia e da OAB. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 290-291.

6 CONCLUSÃO

A evolução histórica do processo coletivo é o reflexo da evolução do processo individual, face aos anseios da sociedade por acesso à justiça. A tutela coletiva teve grande desenvolvimento, a princípio, no direito inglês, por meio do instituto *bill of peace*, percussor das modernas *class actions*. O direito norte-americano também se assentou como fonte histórica da ação civil pública brasileira, porquanto nele se consagraram as chamadas *class actions*, fontes de estudo dos doutrinadores italianos que, por sua vez, influenciaram a doutrina brasileira a sustentar a criação de ações que visassem à tutela dos direitos transindividuais.

No Brasil, após longa evolução, iniciada com a lei de Ação Popular, o sistema processual coletivo contemporâneo passou por três momentos marcantes: a lei de Ação Civil Pública, em 1985, a Constituição da República de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor. Essas normas formam um microssistema de direito processual coletivo, o qual abrange a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Foi a Constituição da República de 1988 que inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a modalidade coletiva do Mandado de Segurança, que é um instrumento de tutela coletiva utilizado para a defesa de direitos violados ou ameaçados por uma autoridade pública. Trata-se de uma ação constitucional com rito diferenciado, visto que não permite a dilação probatória.

Direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos podem ser objeto de tutela através do mandado de segurança coletivo. Em relação aos direitos difusos, destaca-se que apesar do silêncio do artigo 21 da Lei 12.016/2009, não há óbice para o reconhecimento como direito tutelado pelo mandado de segurança coletivo, até mesmo porque o texto constitucional não faz nenhuma vedação. Assim, é admissível a impetração do mandado de segurança coletivo para todas as espécies de direitos transindividuais, sem nenhuma distinção.

No mandado de segurança coletivo além das condições da ação tradicionais – possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade para agir – exige-se também a liquidez e certeza do direito.

No exame da possibilidade jurídica do pedido, verificou-se que o pedido possível no mandado de segurança coletivo é aquele que não é vedado pelo ordenamento jurídico, sendo necessário ainda observar que a violação ou ameaça tenha atingido um direito de natureza

transindividual.

Em relação ao interesse processual demonstrou-se que a tutela pretendida é cercada de interesse e utilidade, ou seja, que é imprescindível a atuação do judiciário para a solução do problema, e ainda, que o mandado de segurança coletivo é tutela jurisdicional adequada para resolver o litígio.

Ainda referente ao interesse processual no mandado de segurança coletivo, constatou-se que a lei aponta algumas hipóteses em que não é cabível: contra ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução, contra decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo e contra decisão judicial transitada em julgado.

A terceira condição da ação é a legitimidade para agir. Nesse plano verificou-se que a legitimidade coletiva possui natureza autônoma: não se adapta aos modelos clássicos (legitimidade ordinária e legitimidade extraordinária).

No mandado de segurança coletivo, além das três condições da ação clássicas, há uma quarta condição da que consiste na liquidez e certeza do direito. A liquidez e a certeza significam que os fatos devem ser incontestáveis, sendo que as provas devem ser demonstradas logo de plano junto com a petição inicial, não se admitindo a dilação probatória. Destaca-se ainda que a liquidez e a certeza além de ser uma condição da ação do *mandamus* coletivo é também o próprio mérito da ação, haja vista que o que será analisado no momento de proferir a decisão é o conteúdo do direito líquido e certo.

De acordo com o texto constitucional e a lei 12.016/2009, os legitimados para impetrar o mandado de segurança coletivo são os partidos políticos, as associações, as entidades de classe e as organizações sindicais.

Aos partidos políticos a única restrição legal é a representatividade no Congresso Nacional, que deve ser analisada com base na extensão da matéria. Já em relação às associações, entidades de classe e organizações sindicais exige-se pertinência temática, ou seja, devem atuar na defesa de seus membros e respeitando suas finalidades institucionais. Destaca-se ainda, que o direito tutelado não deve necessariamente pertencer à totalidade de seus membros e associados; o que é vedado é a atuação dessas instituições através do mandado de segurança coletivo para a defesa de um direito individual. No caso específico das associações, é exigido o prazo mínimo de um ano de constituição que poderá ser dispensado caso se verifique a configuração de manifesto interesse social.

Entretanto, esse rol não é taxativo. O mandado de segurança coletivo é uma espécie de ação constitucional, importante para a proteção direitos fundamentais e imprescindível para a

democracia do país. Por isso, ao seu regime de legitimidade ativa deve-se empregar uma interpretação alargada, para além do mínimo constitucional previsto, expansiva a outros legitimados que embora não contemplados expressamente encontram autorização no ordenamento jurídico.

Assim, através de uma análise do diplomas que compõem o microssistema processual coletivo e das normas constitucionais, constatou-se a ampliação da legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo para o Ministério Público, a Defensoria Pública, o cidadão, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações públicas, as sociedades de economia mista, órgãos públicos sem personalidade jurídica e da Ordem dos Advogados do Brasil.

Apesar de o Ministério Público não estar entre os elencados expressamente para a impetração do mandado de segurança coletivo, sua legitimidade é verificada com base nas suas finalidades institucionais dispostas na CR/88 e na sistematização das normas de processo coletivo, visto que possui legitimidade expressa para na lei de ação civil pública e no Código de Defesa do Consumidor. Importante consignar que não há nenhuma limitação para a legitimidade do Ministério Público, logo, verificada a violação ou ameaça de um interesse transindividual e desde que o direito seja possível de comprovação imediata, poderá o MP ingressar com uma ação mandamental de natureza coletiva.

A Defensoria Pública também não possui legitimidade expressa para a propositura do *mandamus* coletivo. Contudo, sua função institucional, definida no artigo 134 da CR/88, bem como o art. 4º da Lei complementar nº 80/1994 evidenciam sua legitimidade para propor ações coletivas em geral, o que, por sua vez, engloba o mandado de segurança coletivo. Cumpre observar que a Defensoria Pública deve atuar na defesa dos necessitados, entretanto essa exigência não é absoluta, ou seja, não é necessário que o resultado da ação atinja somente as pessoas com insuficiência de recursos.

Em relação a legitimidade do cidadão, essa é verificada face a uma leitura sistematizada das normas processuais coletivas que compõe o ordenamento jurídico brasileiro, já que a Ação Popular, espécie de ação coletiva, atribui legitimidade ao indivíduo. Os argumentos contrários a legitimidade do cidadão não são convincentes, além do que, é nítida a importância da legitimidade atribuída ao cidadão, uma vez que este é o maior interessado na proteção do direito transindividual, visto que ele sempre será atingido com violação desses direitos.

Porém, para que o cidadão seja parte legítima para a impetração do mandado de

segurança coletivo é necessário observar alguns requisitos. Deve-se analisar, primeiramente, a representatividade adequada, ou seja, se o indivíduo possui algum vínculo com o direito coletivo que está defendendo. Ademais, ressalta-se a legitimidade de qualquer pessoa física adstrita a tutela de direitos difusos, já em relação aos direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos deve-se observar se o indivíduo é membro do grupo, classe ou categoria.

Os entes e órgãos da administração pública direta e indireta, também possuem legitimidade para a impetração do mandado de segurança coletivo, que pode ser conferida nas normas do microssistema coletivo, mais especificamente na lei de ação civil pública e no Código de Defesa do Consumidor. Corrobora-se que a configuração da legitimidade das pessoas jurídicas da administração pública direta e indireta está vinculada aos objetivos e interesse do ente ou órgão público.

Admite-se ainda, como parte legítima para impetrar o mandado de segurança coletivo, a Ordem dos Advogados do Brasil, por força do microssistema processual coletivo e da disposição expressa no Estatuto da Advocacia e da OAB. A legitimidade da OAB é ampla, não fica adstrita a proteção dos direitos da categoria de advogada, visto que tem como finalidade institucional a proteção a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os direitos humanos e a justiça social. Observa-se ainda que a legitimidade ativa da OAB atinge tanto os Conselhos Federais, quanto os Conselhos Seccionais, sendo que em relação a esses últimos deve ser observado o limite territorial fixado na lei.

Em uma análise final de tudo o que foi estudado, é possível concluir que, apesar de toda evolução do sistema de tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro, ainda existem grandes obstáculos para a obtenção de uma efetiva reparação dos danos coletivos, seja pela análise literal das normas, seja por entendimentos jurídicos equivocados e conservadores.

O fato de a Constituição da República de 1988 e da Lei 12.016/2009 ter previsto expressamente legitimidade apenas para os partidos políticos, associações, entidades de classe e organizações sindicais não significa, por si só, que não possa haver outros legitimados. É necessário não se prender à literalidade da lei e analisar com razoabilidade todo o direito em volta, sempre buscando a sua efetividade e o amplo acesso à justiça.

A importância do mandado de segurança coletivo para a defesa de direitos transindividuais é indubitável. Por isso, as normas devem ser interpretadas de forma ampla e contextualizada, de modo a garantir a mais adequada e efetiva tutela jurisdicional aos direitos

coletivos. Se assim o fizer, não se obterá outra conclusão se não a ampliação dos legitimados para a impetração do mandado de segurança coletivo inserta.

De tal modo, face ao rito sumaríssimo do mandado de segurança coletivo, que possibilita um resultado mais célere as pretensões do autor e com isso garante maior efetividade aos direitos transindividuais, necessária é a ampliação do rol dos legitimados, para assim expandir o acesso à justiça através dessa espécie de ação coletiva. Contudo, não podemos esquecer que essa ampliação da legitimidade que propomos está fundamentada nas normas do microsistema comum do direito processual coletivo e nos dispositivos da Constituição da República, não tendo sido definida nesse trabalho de forma aleatória.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Ação Civil Pública e Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

ALCALÁ-ZAMOURA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de Teoría General e Historia del Proceso**. Tomo II. Universidad Nacional Autónoma de México: 1992.

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito Material Coletivo**: superação da *summa divisio* Direito Público e Direito Privado por uma *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Gregório Assagra; CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. **Código do Consumidor Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ALVIM, J. E. Carreira. **Comentários à nova lei do Mandado de Segurança**. Curitiba: Juruá, 2010.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra. **A respeito da interpretação literal das normas jurídicas**. Disponível em: <<http://www.celc.com.br/comentarios/38.html>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. I.

BARROSO, Darlan; ROSSATO, Luciano Alves. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BORGES, Felipe Dezorzi. **A Legitimidade da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo**. Disponível em: <<http://www.anadef.org.br/biblioteca/artigos/2514-a-legitimidade-da-defensoria-publica-para-o-mandado-de-seguranca-coletivo->>. Acesso em: 24 fev. 2014.

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

BUENO, Cássio Scarpinella. **A legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo: CF/88, art. 5º, LXX**. Revista de Processo. São Paulo, v. 22, n. 88, out./dez. 1997.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: direito processual coletivo e direito processual público**. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2. t. III.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de Segurança**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Propostas para uma Nova Lei para o Mandado De Segurança**. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/MANDADO_DE_SEGURANCA.pdf> Acesso em: 09 abr. 2014.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Mandado de Segurança Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BUZAID, Alfredo. **Considerações sobre o Mandado de Segurança Coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992.

BUZAID, Alfredo. **“Juicio de amparo” e mandado de segurança. (Contraste e**

confrontos). Revista de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, Ano III, v. 5, p. 30-70. jan./jun. 1962.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual do Mandado de Segurança**. São Paulo: Atlas, 2013.

CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane. **Legitimidade do Ministério Público para impetrar Mandado de Segurança Coletivo**. Revista de Processo. vol. 203, p. 121, jan./2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GAHTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARNAZ, Daniele Regina Marchi Nagai. **Da legitimidade ativa da Defensoria Pública na ação civil pública**. Revista de Processo, São Paulo, n. 149, p. 166, jul. 2007.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no Processo Civil e Penal: promotor natural, atribuição e conceito com base na Constituição de 1988**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CINTRA, Antonio Carlos A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Do Mandado de Segurança Coletivo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990.

DANTAS, Rosalliny Pinheiro. **O Mandado de Segurança Coletivo**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11773>. Acesso em: 30 de mar. 2013.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. Bahia: Juspodivm, 2008.

DONIZETTI, Elpídio. **Ações Constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de Processo Coletivo**. São Paulo: Atlas, 2010.

FACCI, Lucio Picanço. **Evolução histórica do Mandado de Segurança**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4241>. Acesso em: 25 fev. 2014.

FERRARESI, Eurico. **Do Mandado de Segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FERRARESI, Eurico. **Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo**: instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAZ, Sérgio. **Mandado de Segurança**: individual e coletivo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de Segurança**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. **A legitimidade ativa do Ministério Público no mandado de segurança coletivo**. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/20449/a-legitimidade-ativa-do-ministerio-publico-no-mandado-de-seguranca-coletivo>>. Acesso em: 30 mar. 2013.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GIDI, Antônio. **Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos Individuales en Brasil**: un modelo para países de derecho civil. University of Houston. Public Law and Legal Theory Series, 2006.

GIDI, Antônio. **Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. Rio de

Janeiro: Forense, 2005.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CHUEIRI, Miriam Fecchio. **Sistema Coletivo: porque não há substituição processual nas ações coletivas.** Revista de Processo, v. 221, p. 461-472, 2013.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; MARCÃO, Renato; FAVRETO, Rogério; PALHARINI JÚNIOR, Sidney. **Comentários à Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel ; FAVRETO, Rogério. **Mandado de Segurança Coletivo - Legitimidade e objeto - Análise dos seus principais aspectos.** Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 898, p. 79-112, 2010.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel ; FAVRETO, Rogério. **Mandado de Segurança Coletivo - Legitimidade e objeto - Análise dos seus principais aspectos.** Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 898, p. 79-112, 2010.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FRAVETO, Rogério. **O Projeto da Nova Lei da Ação Civil Pública: aspectos principais.** Revista Internacional de Estudos de Derecho Procesal y Arbitrage, nº 1, 2010.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Ação Popular: aspectos polêmicos.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança Coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada. **Revista de Processo**, vol. 58, p. 75, abr. 1990 DRT/69.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WANTANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2000.

GUEDES, Clarissa Diniz. A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). **Processo Civil**

Coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de Processo Coletivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da advocacia e da OAB.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das Ações Coletivas: as ações coletivas como ações temáticas.** São Paulo: LTr, 2006

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: conceito e legitimação.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZEI, Rodrigo. Ação Popular e o Microsistema da Tutela Coletiva. **Tutela Jurisdicional Coletiva.** Coord.: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 373-395.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança.** 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MILLER, Cristiano Simão. **Considerações Iniciais sobre a Lei do Mandado de Segurança nº 12.016/2009**. Revista Científica Internacional. ISSN 1679-9844. Ano 3, número 15, set./nov. 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)**. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1994.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Apontamentos para um Estudo Sistemático da Legitimação Extraordinária**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, vol.404.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Leonardo Silva. **Mandado de Segurança coletivo: tutela de direitos difusos e legitimidade ativa expansiva**. Tese de doutorado apresentada no programa de pós-graduação em direito da Faculdade de Direito da UFMG, 2014.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). **Responsabilidade Civil por Danos a Consumidores**. São Paulo: Saraiva, 1992.

PACHECO, José da Silva. **O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

RIBEIRO, Kepler Gomes. **Direito líquido e certo no mandado de segurança**: natureza jurídica e efeitos da sentença que reconhece sua inexistência. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3318/direito-liquido-e-certo-no-mandado-de-seguranca>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

ROQUE, André Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. **Aspectos Polêmicos do Mandado de Segurança Coletivo: evolução ou retrocesso?** Revista de Processo, v. 203, p. 39. jan. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10^o Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. **Mandado de Segurança: doutrina, legislação, jurisprudência, prática**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STÉDILE, Luis Otávio. **O mandado de segurança coletivo e a legitimidade do Ministério Público para sua impetração**. Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes/>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Mandado de Segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TORRES, Artur Luís Pereira. **Anotações a respeito do desenvolvimento histórico das ações coletivas**. Revista Brasileira de Direito Processual (RDBPro). Belo Horizonte, ano 17, n. 69, jan. 2010.

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela Jurisdicional Coletiva**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Interesses Individuais Homogêneos e seus Aspectos**

Polêmicos. São Paulo: Saraiva, 2003.

WALD, Arnoldo. **Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WAMBIER, Luís Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Mandado de Segurança Coletivo:** aspectos processuais controversos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ZUFELATO, Camilo. **Da legitimidade ativa *ope legis* da Defensoria Pública para o Mandado de Segurança Coletivo – Uma análise a partir do Microsistema de Direito Processual Coletivo Brasileiro e o Diálogo das Fontes.** Revista de Processo, vol. 203, p.321, 2012.

ANEXO

SENADO FEDERAL
PROJETO DE LEI DO SENADO
Nº 222, DE 2010.

Altera a Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 (Lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo), para tratar do rol de legitimados ativos; de forma de notificação; da petição inicial; da suspensão de segurança, da coisa julgada; da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e da Lei da Ação Civil Pública.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º A Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“**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 judicial ou extrajudicialmente.

.....” (NR)

“**Art. 4º.** Em caso de urgência, é permitido, atendidas as exigências legais específicas, impetrar mandado de segurança por telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada.

§ 1º.

§ 2º Quando lei específica o exigir, o texto original da petição deverá ser apresentado nos 5 (cinco) dias úteis seguintes.

§ 3º.” (NR)

“**Art. 6º.** A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pelo Código de Processo Civil para o procedimento comum ordinário, será apresentada em 3 (três) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos nas demais e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

§ 1º.

§ 2º.

§ 3º. Considera-se autoridade coatora aquela que tenha poder deliberatório ou decisório sobre a prática do ato impugnado.

§ 4º.

§ 5º. A ilegitimidade da autoridade coatora não é justificativa para a extinção do processo, a não ser quando sua defesa em juízo for da atribuição de outro órgão de representação judicial (art. 7º, II).

§ 6º. Sempre que possível, a autoridade coatora legítima será indicada pelo órgão de representação judicial.

§ 7º. Sendo reconhecida a ilegitimidade da autoridade coatora, os autos, caso seja necessário, serão enviados ao órgão jurisdicional que tenha competência para processá-la, preservando-se todos os atos processuais, que poderão ser reanalisados pelo novo órgão jurisdicional motivadamente.” (NR)

“**Art. 7º.**

I – que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 72 (setenta e duas) horas contados do recebimento, e preferencialmente por meio eletrônico, preste as informações que tiver, fornecendo as indicações e demais elementos necessários para a defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder, ao órgão de representação judicial da entidade a que pertence;

II – que seja citado o órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe a terceira via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da juntada aos autos da comprovação da citação ou da recusa de seu recebimento, apresente sua manifestação;

III – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida.

§ 1º.

§ 2º. (Revogado)

§ 3º.

§ 4º.

§ 5º. (Revogado)

§ 6º. A autoridade coatora, representada por procurador habilitado, poderá intervir, na qualidade de assistente simples, no processo quando a concessão do mandado de segurança tiver aptidão de interferir juridicamente em sua esfera funcional. Para tanto, poderá apresentar defesa e recursos das decisões que lhe sejam pessoalmente prejudiciais.

§ 7º. Eventuais litisconsortes passivos terão o prazo comum de 15 (quinze) dias, contados da juntada aos autos da comprovação de sua ciência ou da recusa em recebê-la, para apresentar sua defesa.” (NR)

“**Art. 12.** Findo o prazo a que se refere o inciso II do *caput* do art. 7º desta Lei, quando obrigatório, os autos serão remetidos ao Ministério Público, que terá prazo improrrogável de 10 (dez) dias para se manifestar.

§ 1º. A manifestação do Ministério Público é obrigatória toda a vez que o direito ou interesse reclamado pelo impetrante o justificar e nos casos de mandado de segurança coletivo.

§ 2º. Manifestando-se, o Ministério Público deverá ser intimado de todos os atos processuais seguintes.

§ 3º. Se for o caso, o Ministério Público extrairá cópia de peças dos autos para a adoção de eventuais medidas judiciais autônomas.

§ 4º. Findo o prazo a que se refere o *caput*, com ou sem manifestação do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz para decisão, que deverá ser proferida necessariamente em 30 (trinta) dias.

§ 5º. O Ministério Público da União e o Ministério Público dos Estados poderão editar atos normativos sobre as condições que justificam ou que dispensam a sua intervenção, observado o disposto no § 1º, nas Leis Orgânicas do Ministério Público e no Código de Processo Civil.” (NR)

“**Art. 14.** Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação, que será recebida, quando concessiva, somente no efeito devolutivo.

§ 1º. (Revogado)

§ 2º. (Revogado)

§ 3º. A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser cumprida provisoriamente, observando-se, no que couber, o disposto Código

de Processo Civil para o cumprimento das sentenças que imponham obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa.

§ 4º. Havendo pedido expresso na petição inicial, o pagamento de verbas pecuniárias, independentemente de sua natureza, vencidas antes da distribuição do processo e reconhecidas como devidas ao impetrante pela concessão do mandado de segurança, observará as normas relativas à execução contra a Fazenda Pública.” (NR)

“**Art. 15.** O Presidente do Tribunal competente para julgar o mandado de segurança em grau recursal poderá, a pedido da pessoa jurídica de direito público interessada, ou, se for caso de sua intervenção, do Ministério Público, suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar ou da sentença em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

§ 1º. O pedido poderá ser concedido liminarmente, sem oitiva do impetrante, se o Presidente do Tribunal constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

§ 2º. Excetuada a hipótese do parágrafo anterior, o impetrante será intimado, na pessoa de seu procurador, a se manifestar sobre o pedido no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

§ 3º. Da decisão que conceder ou que negar o pedido, cabe agravo no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte ao da sua interposição, facultada a sustentação oral.

§ 4º. Se do julgamento do agravo de que trata o parágrafo anterior resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

§ 5º. É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o parágrafo anterior, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

§ 6º. A interposição de agravo de instrumento contra a liminar ou de apelação contra a sentença não prejudica e nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

§ 7º. O pedido a que se referem o *caput* e o § 4º serão formulados no mesmo prazo que a pessoa jurídica interessada tem para apresentar o recurso cabível sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.

§ 8º. As liminares e as sentenças cujo objeto sejam idênticos poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares ou a sentenças supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original, ouvindo-se, previamente, o impetrante e, se for o caso de sua intervenção, o Ministério Público.” (NR)

“**Art.16.** ”

Parágrafo único. Da decisão do relator que conceder ou negar a medida liminar caberá, no prazo de 5 (cinco) dias, agravo ao órgão competente do tribunal que integre, que se processará nos mesmos autos.” (NR)

“**Art. 19.** A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por outro mandado de segurança ou por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais, ressalvada a hipótese do § 4º do art. 14.” (NR)

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

§ 1º. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I – difusos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

II – 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;

III – individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum.

§ 2º. O mandado de segurança coletivo também poderá ser impetrado por partido político com representação na Assembléia Legislativa dos Estados ou do Distrito Federal ou em Câmara de Vereadores, consoante a abrangência territorial do ato coator.

§ 3º. Observadas suas finalidades institucionais, o mandado de segurança coletivo também poderá ser impetrado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública e pela Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 4º. Quando o partido político perder representatividade na casa legislativa respectiva, dar-se-á ciência ao Ministério Público e à Ordem dos Advogados do Brasil e, se for o caso, à Defensoria Pública, consultando-os sobre seu interesse em prosseguir com o processo.” (NR)

“**Art. 22.** A sentença do mandado de segurança coletivo terá eficácia:

I - *erga omnes*, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 21.

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe substituída pelo impetrante, na hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 21.

III - *erga omnes*, apenas no caso de concessão da segurança que beneficie os substituídos pelo impetrante, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 21.

§ 1º Não haverá formação da coisa julgada material quando reconhecida, por sentença, a inexistência do direito líquido e certo.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III deste artigo, em caso de denegação da segurança com análise do mérito, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor mandado de segurança individual.

§ 3º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante individual se não requerer a suspensão de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva nos autos do processo individual.

§ 4º. Os efeitos *erga omnes* da coisa julgada não ficarão adstritos à competência territorial do juiz.

§ 5º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas. (NR)”

“**Art. 23.** O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorrido 1 (um) ano, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.” (NR)

“**Art. 24.** Aplica-se ao processo do mandado de segurança, no que não conflitar com as regras desta Lei e com sua natureza, o Código de Processo Civil e, no que diz respeito ao mandado de segurança coletivo, o disposto na Lei da Ação Civil Pública.” (NR)

“**Art. 25.** No processo de mandado de segurança, não cabem a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, salvo quando concessiva a sentença ou o acórdão hipótese em que serão fixados com base nos critérios do Código de Processo Civil, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

Parágrafo único. No processo de mandado de segurança não serão cobradas ou exigidas taxas, custas ou despesas de qualquer espécie e em qualquer instância ou tribunal.” (NR)

“**Art. 26.** Constitui crime de desobediência, nos termos do art. 330 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950 e da Lei n. 8.429/1992, quando cabíveis.” (NR)

Art. 2º. Revogam-se os §§ 2º e 5º do art. 7º; os arts. 8º e 9º; o § 2º do art. 10º, os §§ 1 e 2º do art. 14, todos da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009 (Lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo).

Art. 3º Esta Lei entra em vigor 90 (noventa) dias após a data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

No ano de 2009, tramitou por esta Casa o PLC n.º 125, de 2006 que objetivava atualizar a antiga Lei do Mandado de Segurança, de n.º 1533, de 1951.

Na ocasião, valendo-me, em especial, de valiosas sugestões do emérito Jurista Cassio Scarpinella Bueno, apresentei 14 emendas para alteração do projeto inicial.

Quando as emendas estavam sob a análise do relator, Senador Tasso Jereissati, foi assinado o “2º Pacto Republicano de Estado por um sistema judiciário mais acessível, ágil e efetivo”.

No referido documento, os representantes dos três Poderes ajustaram a união de forças para aprovar medidas que permitissem, dentre outras coisas: “II – Aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos;”.

Dentre as medidas eleitas como representativas para atingir tal objetivo estava exatamente a aprovação do PLC n.º 125, de 2006.

Por tal razão e em função de apelos de toda ordem para que o projeto não fosse alterado – evitando, com isso, seu retorno à Casa de origem (Câmara dos Deputados) –, entendi por bem em *retirar* as emendas e consolidá-las em um novo projeto.

Na ocasião, diante da qualidade do trabalho produzido, o Presidente da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), Senador Demóstenes Torres, assegurou⁵⁶⁴ que daria prioridade na tramitação do futuro projeto, para garantir sua pronta aprovação.

Com isso, naquele momento, alcançou-se o consenso e o PLC n.º 125, de 2006 foi aprovado na CCJ. Logo a seguir, foi sancionado pelo Presidente da República e desde 10 de agosto de 2009 já integra o ordenamento jurídico brasileiro.

E é exatamente o prometido projeto consolidado que apresento nesta ocasião.

Mais uma vez valendo-me de quase todas as sugestões do Jurista Cassio Scarpinella Bueno, avalizadas pela Diretoria do IBPD – Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil, em especial na pessoa dos Professores Ada Pellegrini Grinover e Petrônio Calmon e do

⁵⁶⁴ “SR. PRESIDENTE SENADOR DEMÓSTENES TORRES (DEM-GO): Agradeço ao nobre relator e faço um esclarecimento. O entendimento que nós tivemos com o Senador Valter Pereira, ele vai construir um novo projeto e nós vamos dar a mesma prioridade que nós demos aos papiloscopistas. Ou seja, apresenta de forma imediata, nós escolhemos um relator, o relator apresenta imediatamente a sua proposta e no máximo em um mês nós encerramos a votação.” (passagem da sessão da CCJ do dia 24-06-2009).

Ministro aposentado Athos Gusmão Carneiro, apresento nova proposição legislativa que visa corrigir diversas imperfeições da nova Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009.

Diante do alto padrão dos fundamentos que me foram encaminhados, valhome deles mesmos para justificar cada uma das alterações projetadas.

Em apenas três pontos não vou encampar as sugestões dos nobres juristas: o *primeiro*, em relação à alteração do art. 5º, já que as hipóteses de não-cabimento devem permanecer expressas na lei; o *segundo*, no que se refere à alteração do art. 10, porque não apresentarei proposta de revogação do art. 23; e o *terceiro*, no que diz respeito à supressão do prazo decadencial para a impetração, atualmente prevista no art. 23.

Invés de suprimi-lo totalmente como pretendem, apresento proposta para sua majoração para trezentos e sessenta e cinco dias, vez que a própria CCJ do Senado Federal, ao apreciar proposta do nobre Senador Marco Maciel, da qual fui relator (PLS n.º 368, de 2007), deliberou por tal elevação após consenso entre seus membros.

Por fim, em relação ao artigo 22, apresento proposta mais ampla do que a sugerida pelos nobres Juristas, tudo para contemplar o instituto da coisa julgada na forma que já havia idealizado por ocasião da apresentação da emenda 9 ao PLC n.º 125, de 2006.

Quanto ao art. 3º da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009.

Atualmente, o art. 3º da Lei n.º 12.016, de 2009, admite a impetração por terceiro em favor do direito de outrem quando o direito do primeiro decorrer do direito do segundo e este não o exercer no prazo de 30 (trinta) dias a contar da *notificação judicial*.

Em outras palavras, 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.

Não há razão para exigir que a notificação daquele que tem legitimidade originária para a impetração se dê obrigatoriamente por intermédio do Poder Judiciário, valendo-se do procedimento que os arts. 867 a 873 do Código de Processo Civil, incompreensivelmente, disciplina dentre as medidas cautelares.

Diferentemente do que pode ter parecido ao legislador da Lei n. 1533/1951, a notificação *extrajudicial*, tem o condão de, com segurança, atingir o mesmo objetivo idealizado pelo dispositivo.

Assim, seguindo a linha de tornar desnecessária a atuação do Poder Judiciário em casos onde os cartórios extrajudiciais podem praticar o ato com o mesmo resultado, acredito necessária a alteração para permitir, também, que a notificação de que cuida a parte final do art. 3º da Lei n.º 12.016, de 2009 seja realizada *extrajudicialmente*.

A sugestão, ademais, afina-se com o que é expressamente previsto no parágrafo único do art. 5º da Lei n. 12.016/2009.

Quanto ao art. 4º da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009.

A atual redação do §2º do art. 4º, que diz que “*O texto original da petição deverá ser apresentado nos 5 (cinco) dias úteis seguintes*”, se conjugada com o *caput* do mesmo artigo pode permitir a interpretação de que, mesmo nos processos eletrônicos, haveria a necessidade de entrega da via original, em papel.

Assim, propõe substituir a expressão “*observados os requisitos legais*” por “*atendidas as exigências legais específicas*” de modo a evidenciar, com maior precisão, que as regras específicas sobre transmissão eletrônica de dados ou outros meios de transmissão de atos processuais aplicam-se integralmente ao mandado de segurança.

Com o mesmo propósito, se pretende alterar o §2º do art. 4º para enaltecer que a entrega da via original somente será obrigatória quando legislação específica assim o exigir. Com isso, petições encaminhadas por *fax* seguirão as regras da Lei n. 9.800/1999 e, de outro lado, petições encaminhadas pela *via eletrônica* seguirão a Lei n. 11.419/2006, que é a lei específica da matéria do que vem sendo chamado de “processo eletrônico”.

Quanto ao art. 6º da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009.

Na redação atual do art. 6º há referência geral do Código de Processo Civil, quando, salvo melhor juízo, o mais adequado é a menção específica ao *procedimento comum ordinário*, para evitar discussões sobre quais são os dispositivos legais que devem ser levados em consideração para a elaboração da petição inicial do mandado de segurança.

Propõe-se, outrossim, que a inicial seja apresentada em três vias e, não, em apenas duas como ocorre atualmente. Uma que formará os autos do processo (supondo-se, evidentemente, que não se trata de “processo eletrônico”). A segunda será encaminhada para a

autoridade coatora e a terceira para o órgão de representação judicial da entidade ou pessoa jurídica a que ela é integrada visando, com a providência, maior agilização no procedimento do mandado de segurança (v. art. 9º da Lei n. 12.016/2009).

O § 3º pretende capturar, melhor que o texto da Lei n. 12.016/2009, entendimento amplamente majoritário em sede de doutrina e de jurisprudência: não cabe mandado de segurança, ao contrário do que se pode pretender ler do dispositivo proposto, contra aquele que *pratica* o ato mas, sim, contra quem o ordena e, de forma mais ampla, tem poder deliberatório sobre sua prática e também sobre a revogação do ato.

O § 5º é baseado no dispositivo original do §4º que foi vetado quando da promulgação da Lei n. 12.016/2009 e pretende harmonizar a *ratio* daquela regra com o que se propõe para os incisos I e II do art. 7º. Neste particular, esclareço, por necessário, que a referência ao veto do §4º do art. 6º deve ser mantida, em vista do disposto no art. 12, III, “c”, da Lei Complementar n.º 95, de 26 de fevereiro de 1998.

Pretende-se com a proposta, tanto quanto com os novos §§ 6º e 7º, que a complementam, minimizar os problemas e as demoras relativas à alegação de ilegitimidade passiva da autoridade coatora, preservando-se, como não poderia deixar de ser, as prerrogativas de foro de ordem constitucional.

A supressão do atual § 5º justifica-se porque dá a (errônea) impressão de que as decisões denegatórias em mandado de segurança são, única e exclusivamente, as *terminativas*, isto é, as que encerram o processo *sem julgamento de mérito* nos moldes do art. 267 do Código de Processo Civil.

Ademais, a aplicação subsidiária daquele Código a qualquer procedimento extravagante é irrecusável, mesmo que não haja disposição legal expressa neste sentido (v. art. 24).

O atual § 6º é revogado, em vista da nova redação projetada para o art. 19, que trata da mesma matéria.

Quanto ao art. 7º da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009.

É importante colocar um ponto final na discussão sobre quem é o *réu* no mandado de segurança, que nada acrescenta à prática judiciária e à tutela jurisdicional dos direitos: se a autoridade coatora, se a entidade ou pessoa jurídica a que ela pertence ou se ambos, em litisconsórcio necessário.

A leitura da Lei n. 12.016/2009 revela, por vezes, que parece ter sido a intenção dos seus elaboradores a terceira alternativa⁵⁶⁵. Assim, as sugestões de nova redação para os incisos I e II do art. 7º querem esclarecer o ponto, evidenciando que o réu é a pessoa jurídica de direito público, sem colocar em risco a necessária agilidade do procedimento do mandado de segurança.

A redação proposta para o inciso I do art. 7º recupera clássica lição de Celso Agrícola Barbi no sentido de que as informações, no sistema do revogado art. 3º da Lei n. 4.348/1964 (pelo menos antes da redação que lhe deu o art. 19 da Lei n. 10.910/2004), eram ato administrativo e não jurisdicional⁵⁶⁶.

O aumento do prazo para que a defesa da pessoa jurídica seja apresentada, de dez para quinze dias, quer criar condições objetivas para um melhor preparo da manifestação pelo órgão de representação jurídica da entidade, até porque, de outro lado, o prazo para que a autoridade preste informações foi reduzido de 10 dias para 72 horas.

No inciso III do art. 7º, propõe-se a supressão da viabilidade de o magistrado exigir contracautela do impetrante para concessão da liminar. A uma, porque a possibilidade já decorre da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (arts. 804 e 805) e, a duas, porque o dispositivo, tal qual redigido, dá a (falsa) impressão de que a caução é um terceiro requisito para a concessão da liminar o que, dentre outras críticas, coloca à margem do Poder Judiciário aquele que não tiver condições ou bens de prestá-la, embora seja titular de direito suficientemente reconhecido pelo magistrado.

O dispositivo, no particular, é alvo da ADI 4.296/DF ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil perante o Supremo Tribunal Federal.

A revogação dos §§ 2º e 5º justifica-se porque os dispositivos são agressivos ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão

⁵⁶⁵ Tanto que Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, autores do Anteprojeto que se transformou na Lei n. 12.016/2009, ao atualizarem a clássica obra de Hely Lopes Meirelles, manifestaram-se expressamente no sentido destacado no texto.

A respeito, v. o seu Mandado de segurança e ações constitucionais. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 62-69, 74 e 82. A polêmica na atual doutrina sobre o tema é debatida, com propriedade, por Cassio Scarpinella Bueno em seu A nova lei do mandado de Segurança: Comentários sistemáticos à Lei 12.016, de 7-8-2009, 2º edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43-46 e 58-63.

⁵⁶⁶ Do mandado de segurança. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 193-194.

ou ameaça a direito. Uma vez constatada pelo magistrado que a hipótese reclama a tutela *liminar* do direito, não há razão para postergá-la a final.

Ademais, a se manter, aperfeiçoando-o, a previsão do art. 15 da Lei n. 12.016/2009, o “pedido de suspensão”, há instrumento processual mais do que adequado para que prontamente se tutelem os direitos e os interesses das pessoas de direito público sem prejuízo do agravo de instrumento.

A revogação do § 4º justifica-se diante do art. 20 da Lei n. 12.016/2009: é importante que se dê prioridade ao julgamento do mandado de segurança independentemente de ter havido, ou não, liminar concedida.

O § 6º proposto pretende esclarecer que a autoridade coatora pode, querendo, atuar no processo, inclusive recorrendo, na qualidade de assistente simples. Para tanto, precisará estar representado por procurador habilitado.

O § 7º, por fim, esclarece qual é o prazo para que eventuais litisconsortes passivos (os beneficiários do ato questionado, por exemplo) manifestem-se nos autos.

Quanto ao art. 8º da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009.

O art. 8º da Lei n. 12.016/2009 atrita com os princípios constitucionais e com o sistema processual civil, que se aplicam subsidiariamente ao mandado de segurança.

Se o impetrante, por qualquer razão, agir de maneira temerária, deve ele ser sancionado como tal, hipótese expressamente prevista no art. 25 da Lei n. 12.016/2009. O deferimento e o indeferimento da medida liminar não guardam nenhuma relação com o comportamento processual do litigante.

Quanto ao art. 9º da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009.

O dispositivo deve ser revogado, pelo que se propõe para o art. 7º, I.

Quanto ao art. 12 da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009.

Atualmente, a lei prevê a intervenção obrigatória do Ministério Público nos processos de Mandado de Segurança, independente de haver ou não interesse público.

Há, contudo, no Ministério Público, tanto no plano federal como no plano dos Estados, diversos segmentos contrários à intervenção obrigatória imposta pelo atual art. 12 da Lei n. 12.016/2009.

A proposta quer permitir que, caso a caso, seja aferida a real necessidade de intervenção daquele órgão (§ 1º), otimizando-a (§§ 2º, 3º e 4º) permitindo a que a própria instituição edite normas a respeito, observada a disciplina específica daquela instituição (§ 5º).

Com isso, se busca dar celeridade ao processo, evitando a prática de atos desnecessários.

Quanto ao art. 14 da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009.

A regra do *caput* merece ser explicitada para que não haja dúvida sobre o cabimento da apelação sem efeito suspensivo nos casos de sentença *concessiva* do mandado de segurança.

O § 1º do art. 14, ao impor a sentença concessiva do mandado de segurança ao reexame necessário, instituto que recebeu do próprio autor do Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, Alfredo Buzaid, severa crítica, atrita com as opções mais recentes feitas pelo legislador processual civil. Por isso, a proposta de sua revogação.

Propõe-se a revogação do § 2º do art. 14 diante da proposta de um novo § 6º ao art. 7º, que admite a intervenção da autoridade coatora no processo, reconhecendo-lhe legitimidade para recorrer.

O § 3º do art. 14 deve ser mantido na parte que empresta à sentença *concessiva* da ordem a sua imediata eficácia. Vedar, contudo, a execução provisória da sentença nos mesmos casos em que a liminar é vedada é atritar, duplamente, com os princípios constitucionais do direito processual civil. Por isto, é feita a proposta de supressão da parte final do atual dispositivo, coerentemente à sugestão feita com relação à revogação do art. 7º, § 2º.

O § 4º sugerido afina-se à melhor interpretação que merecia ser dada ao art. 1º da Lei n. 5.021/1966 que, por ser mais recente, devia prevalecer sobre as orientações das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal, ampliando-a para que o pagamento de qualquer verba, independentemente de sua natureza, seja feita em mandado de segurança desde que haja pedido do impetrante e que ela seja reconhecida como devida.

Assim, por exemplo, também o indébito tributário. Trata-se de providência que mais bem se afina às conquistas mais recentes da legislação processual civil e que viabiliza, com um só processo, os melhores resultados possíveis sem colocar em risco a ampla defesa da pessoa jurídica de direito público e sem descuidar das peculiaridades do sistema executivo contra a Fazenda Pública.

Quanto ao art. 15 da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009.

O instituto disciplinado pelo art. 15 da Lei n. 12.016/2009, usualmente conhecido como “pedido de suspensão”, carece de aperfeiçoamento aproximando-o da disciplina mais bem acabada dada ao art. 4º da Lei n. 8.437/1992 pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001.

Assim, a proposta dos §§ 1º e 2º querem, interpretando o pouco claro § 4º do art. 15, esclarecer que o pedido de suspensão depende de manifestação *prévia* do impetrante a não ser em casos de urgência.

O prazo de 72 (setenta e duas) horas para oitiva do impetrante é o mesmo reservado para a oitiva dos representantes judiciais das entidades de direito público no § 2º do art. 22 da Lei n. 12.016/2009. Igual prazo e procedimento são expressamente previstos no § 1º do art. 4º da Lei n. 8.437/1992. A proposta de § 3º quer afinar-se ao cancelamento das Súmulas 506 do STF e 217 do STJ, o que não foi levado em conta pelo atual § 1º do art. 15.

Os §§ 4º a 6º são mantidos com pequenas adaptações de texto, enquanto que se propõe alteração para o § 7º (renumerado como § 8º) para viabilizar prévio contraditório que permitirá, consoante o caso, inclusive que o impetrante ou o Ministério Público aleguem e comprovem que o caso não merece tratamento conjunto diante de suas peculiaridades concretas.

Um novo § 7º é proposto para evidenciar que o “pedido de suspensão” tem que ser formulado, em qualquer de suas facetas (originário ou *per saltum*) no mesmo prazo que a pessoa de direito público dispõe para recorrer.

Quanto ao art. 16 da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009.

A sugestão para a redação do parágrafo único pretende esclarecer o prazo em que o recurso de agravo — tão impropriamente como comumente chamado de “agravo *regimental*” — deve ser interposto. O prazo é de cinco dias, consoante a regra genérica do art. 557, § 1º,

do Código de Processo Civil. Também se esclarece que o agravo deve ser processado nos mesmos autos do mandado de segurança.

Quanto ao art. 19 da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009.

A redação proposta para o art. 19 quer destacar a pertinência de um *novo* mandado de segurança diante de sentença meramente *terminativa* anterior (sempre a depender do fundamento da extinção anterior) e ressaltar que nem sempre os “respectivos efeitos patrimoniais” terão que ser requeridos pela “ação própria”.

Quanto ao art. 21 da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009.

A nova redação proposta para o *caput* do dispositivo quer corrigir um pequeno erro de concordância. Em vez de “dispensado, para tanto, autorização especial”, deve constar “dispensada, para tanto, autorização especial”.

Além disso, também se pretende incluir, no rol do parágrafo único do art. 21 da Lei n.º 12.016/2009, que o mandado de segurança coletivo é meio apropriado para a tutela jurisdicional dos chamados direitos ou interesses *difusos*.

Para tanto, toma-se de empréstimo a definição do Código do Consumidor, regra básica da espécie, e adequando a numeração dos demais incisos para II e III. O §2º do art. 21 quer espelhar a previsão constante da Constituição Federal (e repetida, no particular, pelo *caput* do dispositivo) para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

O § 3º do art. 21 pretende esclarecer que também o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil têm legitimidade para a impetração do mandado de segurança coletivo e que podem, quando houver perda de representação legislativa do partido político, assumir os mandados de segurança coletivo por eles iniciados.

Quanto ao art. 22 da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009.

A proposta de nova redação quer, a um só tempo, afinar a regra ao que hoje decorre do microsistema de proteção coletiva e evitar a interpretação que alguns autores chegaram a propor de que a regra atual autorizaria a formação da coisa julgada *pro et contra*.

Acredita-se que o *caput* merece um aprimoramento, pois, com o devido respeito, confunde os limites subjetivos da coisa julgada com jurisdição e competência, além de não tratar do instituto na tutela dos direitos individuais homogêneos e dos direitos difusos.

E para aperfeiçoar a lei, a proposição ora apresentada separa a coisa julgada nos três direitos passíveis de tutela por mandado de segurança coletivo, quais sejam: (a) direitos difusos; (b) direitos coletivos *stricto sensu*; e, (c) direitos individuais homogêneos.

Assim, proponho a utilização – em parte e com as devidas adaptações – das regras constantes no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor que trata a matéria de forma completa, o que, inclusive, de longa data, já é sugerido (*de lege ferenda*) pela eminente jurista Ada Pellegrini Grinover, em artigo intitulado de “Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação, Objeto e Coisa Julgada”, publicado na Revista de Processo (RePro) n.º 58 (p. 75/84).

Para os direitos difusos a regra é a formação da coisa julgada material tanto no caso de procedência quanto na hipótese de concessão ou denegação da segurança pelo mérito.

Para os direitos coletivos *stricto sensu*, a única distinção em relação ao regime para os direitos difusos diz respeito ao alcance da coisa julgada, pois, nestes, a extensão será *ultra partes* e não *erga omnes*.

Assim, se procedente a demanda, todos os legitimados e todos os membros do grupo, da classe ou categoria serão beneficiados pelo julgado favorável e não a coletividade de modo geral como acontece no caso do efeito *erga omnes*.

Se, por outro lado, o resultado da demanda coletiva for de improcedência, haverá a formação da coisa julgada material, impedindo o mesmo substituto processual; outro co-legitimado; ou todos os membros do grupo, a classe ou categoria de defender o mesmo afirmado direito em juízo.

Para os direitos individuais homogêneos, na essência, esse modelo de coisa julgada incide para beneficiar os titulares do direito, isto é, se o pedido for julgado procedente estará formada a coisa julgada *erga omnes* a favor dos beneficiários, independentemente de sua participação na lide, em nome próprio.

Se o pedido for julgado improcedente, seja por qual motivo for, nada impede que o titular do direito, que antes havia demandado por meio de substituto processual, promova novo mandado de segurança em nome próprio, com o mesmo pedido e mesma causa de pedir.

Em todos os casos (direitos difusos; direitos coletivos *stricto sensu*; e, direitos individuais homogêneos), na hipótese de extinção do processo sem resolução do mérito,

como, por exemplo, quando não se reconhecer a existência de direito líquido e certo, não haverá a formação da coisa julgada material, logo, o pedido pode ser renovado tanto pelo substituto processual quanto pelo titular do direito, desde que seja respeitado o prazo decadencial e seja juntada nova prova, tudo em respeito ao art. 5º, XXXV da CF.

Além disso, a atual redação do §1º do art. 22 da Lei 12.016/2009 prevê que a coisa julgada no processo coletivo apenas beneficiará os impetrantes que *desistirem* de seu mandado de segurança individual.

A sugestão feita ao § 1º do art. 22 da Lei 12.016/2009 quer afinar a proposta com aquela que já faz parte tradicionalmente do “direito processual coletivo” brasileiro e que está no art. 104 do Código do Consumidor.

Objetiva-se implementar que o aproveitamento da eventual decisão favorável a ser proferida no mandado de segurança coletivo dá-se com a *suspensão* tempestivamente pedida nos autos do mandado de segurança individual e não com sua *desistência*, medida que, em última análise, pode se mostrar não só irreversível, mas também prejudicial ao impetrante.

Isso porque, por exemplo, se o impetrante individual desistir de seu mandado de segurança e, depois, o mandado de segurança coletivo for extinto sem resolução do mérito (CPC, art. 267) e, também, tiver passado o prazo decadencial, o titular do direito não poderá mais ajuizar novo mandado de segurança.

Se acolhida a proposta ora apresentada, caso o mandado de segurança coletivo receba tal solução (extinto sem resolução do mérito), bastará o impetrante individual requerer o prosseguimento do mandado de segurança individual cujo andamento estava sobrestado pelo pedido de suspensão.

O texto, tal qual proposto, contraria a dinâmica e a razão de ser do “processo coletivo” tal qual agasalhado pelo direito processual civil brasileiro. O § 4º justifica-se para rechaçar a tese, extraível do art. 16 da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), que limitaria a coisa julgada erga omnes à competência territorial do juízo prolator.

Quanto ao art. 23 da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009.

Há rica e cediça polêmica em torno da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade do art. 18 da Lei n. 1.533/1951, que corresponde ao art. 23 da Lei n. 12.016/2009.

Dão prova suficiente disto a Súmula 632 do Colendo Supremo Tribunal Federal, que entende constitucional aquela regra, e o PLS n.º 368, de 2007, de autoria do nobre Senador Marco Maciel, que buscava afastá-la do sistema.

Não obstante minha posição já manifestada quando da apresentação de relatório ao PLS n.º 368, de 2007, esta Comissão de Constituição de Justiça, depois de intenso debate e por solução consensual de seus membros em sessão realizada em 15 de dezembro de 2008, deliberou por não afastar o prazo decadencial, mas, sim, por ampliá-lo de 120 para 365 dias, alterando, com isso, o art. 18 da Lei n.º 1.533/1951.

Como a nova Lei n.º 12.016/2009, no seu art. 23, manteve o prazo de 120 dias do antigo art. 18 da Lei n.º 1.533/1951, acredito ser oportuno o momento para elevá-lo para 365 dias, para prestigiar a deliberação à qual me referi.

É que como o mandado de segurança é instrumento de garantia de direitos fundamentais, quanto maior o prazo para sua impetração, maior a garantia de que ilegalidades e abusos de poder praticados por autoridades públicas não se perpetuarão ao longo do tempo.

Quanto ao art. 24 da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009.

O art. 24 da Lei n. 12.016/2009, que especifica quais artigos do Código de Processo Civil teriam aplicação subsidiária, justificava-se ao tempo da Lei n. 1.533/1951.

Não mais, contudo. Por isto, a sugestão é de modificá-lo, ampliando-o, e deixar claro que a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil naquilo que não conflitar com as especificidades deste direito e garantia individual é de rigor. O mesmo é proposto com relação ao mandado de segurança coletivo. A menção à Lei da Ação Civil Pública, tem em mente o Projeto que, espera-se, volte a tramitar no Congresso Nacional.

Em virtude da alteração sugerida, o dispositivo ficará melhor posicionado se realocado para o espaço hoje ocupado pelo art. 26, transportando para o art. 24 a regra lá veiculada.

Quanto ao art. 25 da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009.

O mandado de segurança, direito e garantia constitucional, merece a mesma ressalva que, desde a Constituição Federal, é feita para a ação popular (art. 5º, LXXIII). A proposta de novo parágrafo único, por sua vez, quer se afinar ao disposto no mesmo inciso do art. 5º da Constituição Federal, tornando o mandado de segurança *gratuito*, vale dizer, isento de custas.

Assim, tomando expressa opção em rica discussão que ainda existe na doutrina e valendo-me dos fundamentos constantes em artigo publicado por Luiz Henrique Volpe Camargo na Revista de Processo 181 (RePro 181, ano 35, março de 2010, p. 189/230), o dispositivo sugerido dispõe que nos casos em que o impetrante saia vencedor (sentença *concessiva*), ele terá direito ao recebimento de honorários advocatícios.

Quanto ao art. 26 da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009.

A sugestão é a de fazer expressa menção à Lei n. 8.429/1992, a “Lei da probidade administrativa”, na espécie, para que fique evidenciada a possibilidade de, no âmbito do mandado de segurança, serem tomadas as medidas necessárias, pela pessoa jurídica ou pelo Ministério Público, para aplicação das sanções previstas naquele diploma legislativo contra a autoridade coatora.

Convicto da Justiça da proposição que ora apresento, peço o apoio dos nobres Senadores para sua aprovação.

Sala das Sessões,

Senador **VALTER PEREIRA**

LEGISLAÇÃO CITADA

LEI Nº 12.016, DE 7 DE AGOSTO DE 2009.

Mensagem de veto

Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art.1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder,

qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

§1º Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

§2º Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

§3º Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança.

Art.2º Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada.

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.

Parágrafo único. O exercício do direito previsto no caput deste artigo submete-se ao prazo fixado no art. 23 desta Lei, contado da notificação.

Art.4º Em caso de urgência, é permitido, observados os requisitos legais, impetrar mandado de segurança por telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada.

§1º Poderá o juiz, em caso de urgência, notificar a autoridade por telegrama, radiograma ou outro meio que assegure a autenticidade do documento e a imediata ciência pela autoridade.

§2º O texto original da petição deverá ser apresentado nos 5 (cinco) dias úteis seguintes.

§3º Para os fins deste artigo, em se tratando de documento eletrônico, serão observadas as regras da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.

Art.5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;

II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;

III - de decisão judicial transitada em julgado.

Parágrafo único. (VETADO)

Art.6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

§1º No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

§2º Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação.

§3º Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.

§4º (VETADO)

§5º Denega-se o mandado de segurança nos casos previstos pelo art. 267 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

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

Art.7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

I - que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações;

II - que se dê 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;

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

§1º Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento, observado o disposto na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

§2º 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 a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

§3º Os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença.

§4º Deferida a medida liminar, o processo terá prioridade para julgamento.

§5º As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei no 5.869, de 11 janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Art.8º Será decretada a perempção ou caducidade da medida liminar ex officio ou a requerimento do Ministério Público quando, concedida a medida, o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo ou deixar de promover, por mais de 3 (três) dias úteis, os atos e as diligências que lhe cumprirem.

Art. 9º As autoridades administrativas, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou órgão a que se acham subordinadas e ao Advogado-Geral da União ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou da entidade apontada como coatora cópia autenticada do mandado notificador, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.

Art. 10. A inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração.

§1º Do indeferimento da inicial pelo juiz de primeiro grau caberá apelação e, quando a competência para o julgamento do mandado de segurança couber originariamente a um dos tribunais, do ato do relator caberá agravo para o órgão competente do tribunal que integre.

§2º O ingresso de litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial.

Art.11. Feitas as notificações, o serventuário em cujo cartório corra o feito juntará aos autos cópia autêntica dos ofícios endereçados ao coator e ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, bem como a prova da entrega a estes ou da sua recusa em aceitá-los ou dar recibo e, no caso do art. 4o desta Lei, a comprovação da remessa.

Art.12. Findo o prazo a que se refere o inciso I do caput do art. 7o desta Lei, o juiz ouvirá o representante do Ministério Público, que opinará, dentro do prazo improrrogável de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. Com ou sem o parecer do Ministério Público, os autos serão conclusos ao juiz, para a decisão, a qual deverá ser necessariamente proferida em 30 (trinta) dias.

Art.13. Concedido o mandado, o juiz transmitirá em ofício, por intermédio do oficial do juízo, ou pelo correio, mediante correspondência com aviso de recebimento, o inteiro teor da sentença à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada.

Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o juiz observar o disposto no art. 4º desta Lei.

Art.14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

§ 1o Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.

§2º Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer.

§3º A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.

§4º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

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.

§1º Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o **caput** deste artigo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

§2º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 1º deste artigo, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

§3º A interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

§4º O presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

§5º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

Art.16. Nos casos de competência originária dos tribunais, caberá ao relator a instrução do processo, sendo assegurada a defesa oral na sessão do julgamento.

Parágrafo único. Da decisão do relator que conceder ou denegar a medida liminar caberá agravo ao órgão competente do tribunal que integre.

Art.17. Nas decisões proferidas em mandado de segurança e nos respectivos recursos, quando não publicado, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data do julgamento, o acórdão será substituído pelas respectivas notas taquigráficas, independentemente de revisão.

Art.18. Das decisões em mandado de segurança proferidas em única instância pelos tribunais cabe recurso especial e extraordinário, nos casos legalmente previstos, e recurso ordinário, quando a ordem for denegada.

Art.19. A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.

Art.20. Os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo **habeas corpus**.

§1º Na instância superior, deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir à data em que forem conclusos ao relator.

§2º O prazo para a conclusão dos autos não poderá exceder de 5 (cinco) dias.

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, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

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.

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

§1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

§2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

Art.23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

Art.24. Aplicam-se ao mandado de segurança os arts. 46 a 49 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Art.25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

Art.26. Constitui crime de desobediência, nos termos do art. 330 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de

segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei no 1.079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis.

Art.27. Os regimentos dos tribunais e, no que couber, as leis de organização judiciária deverão ser adaptados às disposições desta Lei no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da sua publicação.

Art.28. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art.29. Revogam-se as Leis nos 1.533, de 31 de dezembro de 1951, 4.166, de 4 de dezembro de 1962, 4.348, de 26 de junho de 1964, 5.021, de 9 de junho de 1966; o art. 3º da Lei no 6.014, de 27 de dezembro de 1973, o art. 1º da Lei no 6.071, de 3 de julho de 1974, o art. 12 da Lei no 6.978, de 19 de janeiro de 1982, e o art. 2º da Lei no 9.259, de 9 de janeiro de 1996.

Brasília, 7 de agosto de 2009; 188º da Independência e 121º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Tarso Genro

José Antonio Dias Toffoli

Este texto não substitui o publicado no DOU de 10.8.2009

(À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em decisão terminativa)

Publicado no **DSF**, em 12/08/2010.

Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal – Brasília-DF

OS: 14418/2010