

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO: QUESTÕES POLÊMICAS.

BREF DE SÉCURITÉ COLLECTIVE: ENJEUX CONTROVERSE.

Evandro Gustavo de Souza^{1 2}

Luiz Fernando Bellinetti³

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo trazer algumas considerações a respeito de aspectos do mandado de segurança coletivo, os quais causam controvérsia tanto na doutrina como na jurisprudência. Aborda-se, num primeiro momento, a exclusão dos interesses difusos do rol dos direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo. Após, serão trazidas discussões pertinentes sobre a legitimidade para o *writ* coletivo, com enfoque na celeuma existente a respeito da ausência do Ministério Público, entre os entes legitimados e, por fim, a questão atinente à coisa julgada (limites subjetivos) no instituto. A pesquisa se deu com o aporte teórico de diversos autores renomados no assunto.

PALAVRAS CHAVES: mandado de segurança coletivo, aspectos, controvertidos.

¹ Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, Pós-graduando em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina, Advogado.

² O trabalho foi elaborado pelo primeiro autor sob orientação do segundo

³ Procurador de Justiça aposentado; Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (1980). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina (1985) e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997). Professor associado da Universidade Estadual de Londrina.

Résumé: Cet article vise à apporter quelques considérations sur les aspects de bref de mandamus collective, qui provoquent la controverse à la fois dans la doctrine et la jurisprudence. Adresses-si, au premier abord, l'exclusion des intérêts diffus de la liste des droits protégés par bref de mandamus collective. Après, les discussions pertinentes quant à la légitimité de bref collective, en se concentrant sur bruit existant sur l'absence de poursuites, entre les enfants légitimes et, enfin, la question qui concerne la chose jugée (limites subjectives) seront portés à l'institut. Le sondage a été donné à la fondation théorique de nombreux auteurs de renom sur le sujet.

Mots-clés: aspects collectifs de bons de souscription, de sécurité controversée.

INTRODUÇÃO

Em que pese a simplicidade em que é tratado o instituto do mandado de segurança coletivo na Constituição Federal no seu artigo 5º, LXX, o tema sofre constantes discussões na doutrina brasileira. Tal situação fora agravada com o advento da Lei 12.016/2009, nos artigos 21e 22, que contribuíram com o acaloramento do debate.

São diversas as questões de controvérsia sobre o assunto, tais como: conceito, litispendência e possibilidade de deferimento de liminar no mandado de segurança coletivo. Todavia, no presente trabalho, pretende-se limitar o estudo à exclusão dos interesses difusos pelo *writ* coletivo, à legitimidade ativa no instituto, dando ênfase na celeuma existente sobre a legitimidade do Ministério Público no mandado de segurança coletivo e a coisa julgada.

O ponto de partida dar-se-á com a exposição consistente nas espécies de interesses abrangidos pelo mandado de segurança coletivo. Mesmo havendo disposição expressa determinado que somente os interesses coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos sejam protegidos via mandado de segurança, existe a discussão sobre a exclusão dos interesses difusos do rol da Lei 12.016/2009, havendo, por óbvio, posicionamentos divergentes.

Por conseguinte, tratar-se-á da discussão no que tange à legitimidade ativa na propositura do mandado de segurança coletivo, com ênfase na legitimidade do Ministério Público para tanto.

Por fim, será trazida à tona a problemática em relação à coisa julgada no referido instituto.

II – BREVES APONTAMENTOS SOBRE O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.

O mandado de segurança coletivo nasceu com a Constituição Federal de 1988, constante do artigo 5º, LXX¹.

O mandado de segurança, tanto individual como coletivo, é uma ação de rito especial, sujeito a normas procedimentais próprias, para opor-se a atos ilegais que violam direito líquido e certo do impetrante.

Sobre esta natureza, leciona Hely Lopes Meirelles:

“O mandado de segurança é ação civil de rito sumário especial, sujeito a normas procedimentais próprias, pelo quê só supletivamente lhe são aplicáveis disposições gerais do Código de Processo Civil. Destina-se a coibir atos ilegais de autoridade que lesam direito subjetivo, líquido e certo, do impetrante. Por ato de autoridade, suscetível de mandado de segurança, entende-se toda ação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração.” (MEIRELLES, 2001, p. 673)

É condição do mandado de segurança, uma vez que baseado na violação de direito líquido e certo, que este seja instruído de prova pré-constituída dos fatos descritos na inicial, não comportando assim dilação de provas, devendo o direito surgir indubitável do cotejo dos fatos narrados e sua incidência sobre a regra jurídica que se entende violada.

Desta forma, havendo necessidade de dilação probatória para a demonstração dos fatos sobre os quais recai a pretensão e em caso de a prova apresentada com o pedido de mandado de segurança mostrar-se insuficiente, deve ser negada a segurança.

Por não haver Lei que o disciplinasse, o *mandamus* coletivo utilizava como parâmetro para sua utilização a antiga lei do Mandado de Segurança (Lei 1.533/1951). Mas, no ano de 2009, entrou em vigência a Lei 12.016, que revogou a lei anterior, passando a regular os institutos previstos nos artigos 21 e 22.

A Lei n.º 12.06/2009 foi muito aguardada pela comunidade jurídica, mas com a sua vigência advieram diversas críticas por parte da doutrina e jurisprudência, conforme mencionado acima.

A título de informação, na elaboração da referida Lei, houve certa confusão sobre a composição da comissão que efetivamente elaborou a nova lei do mandado de segurança coletivo. Com a finalidade de esclarecer este mal entendido, Ada Pellegrini Grinover, que compôs a comissão no início do projeto, logo após as notícias de que teria participado da elaboração da nova lei, manifestou-se da seguinte forma:

“afastei-me por completo da comissão e não acompanhei o desenvolvimento de seus trabalhos. De qualquer modo, a lei em questão tem como origem projeto do Executivo, oriundo de portaria conjunta da Advocacia Geral da União, à época comandada por Gilmar Mendes. Quero deixar bem claro que não tenho qualquer responsabilidade na elaboração da lei que, no Mandado de segurança em geral, repete dispositivos da lei revogada, sem levar em conta a interpretação da doutrina e da jurisprudência que se formaram ao longo de 55 anos e que, quando inova, prejudica o cidadão (como, apenas para exemplificar na legitimação à apelação da autoridade coatora, que não é parte no processo). Em relação ao mandado de segurança coletivo, a nova lei distancia-se da doutrina e da lei no que tange ao minissistema brasileiro de processos coletivos (CDC e LACP), excluindo o mandado de segurança coletivo para a tutela de interesses ou direitos difusos, restringindo a legitimação até em relação à Constituição e disciplinando a coisa julgada de modo a limitá-la e a desconsiderar seu regime na tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos. O único ponto positivo da nova lei está na tipificação do crime de desobediência à ordem judiciária, mas é muito pouco para sustentar a legitimidade de um diploma legal que, numa questão tão importante para a defesa de um direito fundamental, não foi apresentada para discussão à sociedade e representa um verdadeiro retrocesso. Ada Pellegrini Grinover”ⁱⁱ

Feita esta breve consideração inicial, passa-se a discorrer sobre a ausência da proteção dos interesses difusos do rol da Lei 12.016/2009.

III – DA PROTEÇÃO DOS INTERESSES DIFUSOS PELO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.

O artigo 21, *caput*, da Lei 12.016/2009 define o rol de legitimados para a impetração do remédio constitucional coletivo, conferindo tal possibilidade aos partidos políticos 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 há, pelo menos, um ano e em defesa de seus membros ou associados.

Mais à frente, o artigo 21, parágrafo único, nos incisos I e II, delimita quais interesses serão objetos de tutela no mandado de segurança coletivo, a saber: “ 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 da parte dos associados ou membros do impetrante”.

Diante da disposição legal apresentada no parágrafo anterior, remanesce na doutrina e na jurisprudência caloroso debate acerca da exclusão dos direitos difusos do rol dos interesses protegidos pelo mandado de segurança coletivo.

Mas, antes de adentrar no problema, importante diferenciar as categorias de direitos/interessesⁱⁱⁱ coletivos.

A definição de interesse coletivo *lato sensu*, é encontrada no artigo 81, incisos I, II, e III, do Código de Defesa do Consumidor. Segundo a disposição expressa do artigo 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor, direitos difusos são “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

A Doutrina, na pessoa de James Eduardo Oliveira, interesse difuso é conceituado como:

Direitos ou interesses difusos são aqueles que superam núcleos individuais e cuja titularidade recai sobre pessoas indeterminadas e indetermináveis, dada a impossibilidade de serem atribuídos a sujeitos singularmente considerados.

Notas doutrinárias

(...)

Os direitos ou interesses são classificados em três categorias: Difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único, I). (...) (GALENO VELLINHO DE LACERDA, A eficácia da prestação jurisdicional no atendimento às demandas sociais, Encontro Nacional de Magistrados Federais, CEJ – nº 7)

(...)

Os interesses só são verdadeiramente difusos se, além de terem objeto indivisível, for impossível identificar as pessoas ligadas pelo mesmo laço fático ou jurídico (como os destinatários de propaganda enganosa, veiculada pela televisão, ou as pessoas lesadas por uma degradação ambiental em toda uma região do País). (HUGO NIGRO MAZZILLI, A defesa dos interesses difusos em juízo, Saraiva, 21. ed., p.57). (OLIVEIRA, 2009, p. 657-659)

Luiz Fernando Bellinetti, por sua vez, classifica os direitos difusos como:

“os interesses difusos podem ser caracterizados a partir de dois aspectos: Aspecto subjetivo: Sob esta perspectiva, vislumbram-se as características da Indeterminação dos membros do grupo ao qual o interesse pertence, bem como a inexistência de relação jurídica base entre tais pessoas. Aspecto objetivo: A característica é a Indivisibilidade do bem jurídico, ou seja, uma única ofensa prejudica a todos e uma solução a todos beneficia” (BELLINETTI, 2005, p.668)

A mesma classificação é dada pelo Autor, no que se refere aos interesses coletivos, salientando, porém, que a relação jurídica base é preexistente à lesão ou ameaça ao bem

jurídico, e que pode ocorrer entre os membros do grupo, ou entre eles e a parte contrária (Bellinetti, 2005, p.668).

Em relação aos interesses individuais homogêneos^{iv}, Luis Fernando Bellinetti, possui posicionamento interessante, o qual, por ser oportuno, merece ser destaque. Vejamos:

“são interesses divisíveis de pessoas determináveis, que o ordenamento permita serem tratados englobadamente e de forma indivisa por derivarem de uma origem comum, sendo absolutamente importante ressaltar que não se confundem com os interesses individuais das pessoas componentes do grupo, pois o seu objeto é que seja cumprido o dever jurídico de recomposição dos interesses individuais de todos os prejudicados pela atividade danosa” (Bellinetti, 2005, p. 669).

Tecidas tais considerações, cabe explorarmos, sem, contudo, exaurir o tema, as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, ou seja, a exclusão dos interesses difusos do rol de proteção do mandado de segurança coletivo.

Para uma primeira corrente doutrinária, que tem como componentes Hermes Zanetti Jr. e Fredie Didier Jr., o impedimento da proteção dos direitos difusos em sede de mandado de segurança coletivo, é um retrocesso. Para eles, trata-se de uma ofensa a um direito fundamental, vez que os direitos coletivos possuem tal atributo, como também uma violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, o qual garante que nenhuma afirmação de lesão ou de ameaça de lesão a direito será afastada da apreciação do Poder Judiciário. Referidos autores sustentam, ainda, que o direito ao processo adequado pressupõe o direito a um procedimento adequado, remetendo esta possibilidade ao mandado de segurança, direito fundamental para a tutela de qualquer situação jurídica com lesão ou ameaça de lesão, que garante o direito. (Didier, Zanetti, 2009)

Noutro quadrante, Luiz Fernando Bellinetti entende que:

Ora, se não pode verificar a configuração de um interesse difuso em virtude da relação jurídica base existente entre os membros de um determinado grupo, e se não se pode admitir a viabilidade de mandado de segurança coletivo, pela sua própria natureza, quando o interesse a ser tutelado configurar-se exclusivamente em virtude de uma relação jurídica eventual entre membros do ente legitimado e a parte contrária, há, evidentemente, uma incompatibilidade conceitual insuperável, que não pode ser ignorada^v. (Bellinetti, Caversan. 2009, p. 9614).

Dessa forma, dada as hipóteses de legitimidade da Constituição Federal, seguida pela Lei 12.016/2009, e o conceito de interesses difusos, percebe-se que, de fato, este não pode ser protegido via mandado de segurança coletivo pela própria indeterminação dos sujeitos, o que o torna incompatível^{vi}.

Aliás, como se sabe, no ordenamento jurídico brasileiro há outros instrumentos de proteção a interesses difusos, como a ação civil pública e a ação popular. (Bellinetti, Caversan, 2009, p.9615).

A divergência na doutrina a respeito da impossibilidade de se assegurar a tutela de direitos difusos por mandado de segurança não é dominante. A maioria dos autores e da jurisprudência tem entendimento no sentido de permitir o instituto processual como meio de tutela de direitos difusos. Vale ressaltar que o STF tem precedente neste sentido^{vii}.

IV - DA LEGITIMIDADE ATIVA NO *MANDAMUS* COLETIVO.

A legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo é um dos temas de maior relevo no estudo desse instituto. E justamente por seu conteúdo é que o tema se torna um dos mais controvertidos na doutrina e jurisprudência.

A legitimidade para impetração do mandado de segurança coletivo está disposto no artigo 5º, LXX, da Constituição Federal, tendo sido sua redação praticamente transcrita no artigo 21, *caput*, da Lei 12.016/2009, o qual estabelece que são legitimados para tanto: a) o partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou b) por organização sindical, entidade de classe ou associações legalmente constituídas há, pelo menos, 1 (um) ano.

Em relação aos partidos políticos, numa análise superficial do dispositivo, parece que a Lei reduz a legitimação expressamente “na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária”. Como se vê, a lei criou uma limitação subjetiva, relativa aos integrantes do partido político, e objetiva, no que tange à finalidade. Nenhuma das duas restrições estava prevista na Constituição. Assim, institui além do limite subjetivo, a exigência de pertinência temática.

O Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do MS n.º. 197/DF, defendeu a necessidade de pertinência temática, nos seguintes termos:

Quando a Constituição autoriza um partido político a impetrar mandado de segurança coletivo, só pode ser no sentido de defender os seus filiados e em

questões políticas, ainda assim, quando autorizado Por lei ou pelo estatuto. Impossibilidade de dar a um partido político legitimidade para vir a Juízo defender 50 milhões de aposentados, que não são, na sua totalidade, filiados ao partido e que não autorizaram o mesmo a impetrar mandado de segurança em nome deles.

Entretanto, Cássio Scarpinella Bueno adota posicionamento diverso, pela desnecessidade de pertinência temática:

Com base nisso, parece acertada a conclusão de boa parte da doutrina pelo qual poderá o partido político impetrar mandado de segurança para “muito mais do que a simples defesa dos direitos políticos *strictu sensu*, como se pode, ao primeiro súbito de vista, pensar”, e então tal ação poderá ser usada para a tutela do que Calos Ari Sundfeld denominou de legalidade objetiva. (BUENO, 1997,p.185/207)

Na mesma linha de raciocínio, escreve Hely Lopes Meirelles:

(...) A Constituição de 1988 admitiu o mandado de segurança coletivo, a ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, por organização sindical, por entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano (art. 5º, LXX). Este mandado de segurança segue o procedimento comum do mandamus de proteção a direito individual, uma vez que a Constituição só inovou na legitimidade ativa das entidades que podem impetrá-lo **na defesa de direitos ou prerrogativas de seus associados ou filiados**. A impetração, portanto, será sempre em nome próprio da entidade.

(...)

Na realidade, embora haja referência no artigo à “defesa dos interesses dos seus membros”, entendemos que somente cabe o mandado de segurança coletivo quando existe direito líquido e certo dos associados, e no interesse dos mesmos é que a entidade, como substituto processual, poderá impetrar a segurança, não se admitindo, pois, a utilização do mandado de segurança coletivo para defesa de interesses difusos, que deverão ser protegidos pela ação civil pública. (MEIRELLES, 2001, p. 24/25).

No que tange à legitimidade das entidades de classe e sindicatos, não vem sendo exigida a constituição há pelo menos um ano. Esta exigência vale apenas para as associações, mas em ambas se faz necessária a pertinência temática^{viii}.

Aliás, vale destacar que a legitimidade outorgada pelo art. 5º, LXX, “b”, da CF/88 ao sindicato, abrange os direitos individuais homogêneos de seus filiados, conforme acentua Alfredo Buzaid. (1992, p. 60).

Da conjugação daquele dispositivo com o art. 5º, XXI, e 8º, III, da CF/88, considerando que o apelante ostenta representação para atuar, em juízo, em nome da

categoria, não resulta a necessidade de deliberação assemblear ou expressa autorização dos filiados, nem sua identificação individual, no mandado de segurança coletivo, em que pese opiniões divergentes^{ix}.

Alfredo Buzaid, entende que:

Não nos parece aceitável este entendimento. A autorização para litigar em nome próprio por interesse de terceiro foi dada pela Constituição de forma ampla, não sendo lícito ao intérprete limitá-la justamente no ponto em que foi ela ampliada, criando condição não prevista pelo constituinte. A impetração de mandado de segurança coletivo prescinde, pois, de deliberação da assembléia da entidade de classe ou de associação. (BUZOID, 1992, p.67).

Feita esta breve explanação acerca dos legitimados constantes do artigo 21 da Lei 12.016/2009, cabe iniciar a discussão afeta à exclusão do Ministério Público do rol de legitimados para a impetração do mandado de segurança coletivo.

Como ressaltado alhures, o Mandado de Segurança Coletivo tem regras processuais próprias, não tendo a nova lei do Mandado de Segurança elencado o Ministério Público como legitimado a figurar no pólo ativo do writ, não albergando, por exemplo, defesa do meio ambiente, por se tratar de direito difuso, isto é, transindividual, de natureza indivisível, do qual sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas por uma circunstância de fato.

Nesse prisma, percebe-se que segundo suas funções institucionais, cabe ao Ministério Público a defesa dos interesses metaindividuais em juízo, utilizando-se dos instrumentos jurídicos próprios de que é titular, dentre os quais não se insere o mandado de segurança coletivo.

Segundo a doutrina de Hely Lopes Meirelles, Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, não se admite "*a utilização do mandado de segurança coletivo para defesa de interesses difusos, que deverão ser protegidos pela ação civil pública*", apontando:

O Ministério Público tem impetrado alguns mandados de segurança na qualidade de defensor de direitos difusos, de guardião da ordem jurídica em geral. Algumas decisões judiciais admitem esta modalidade de impetração (...). Como mencionado, entendemos que se um determinado ato é atentatório a direitos difusos, e não a direitos individuais, o Ministério Público poderá intervir para reprimi-lo, mas não pela via do mandado de segurança, e, sim, através de ação civil pública. Do contrário se estaria consagrando um mandado de segurança coletivo anômalo, fora das hipóteses previstas expressamente na Constituição (art. 5º, LXX).

Em impetração de Estado-membro da federação em defesa de interesses da população local, contra ato do Presidente da República, o Tribunal Pleno do STF decidiu que a tutela dos interesses difusos da população do Estado estaria processualmente restrita às hipóteses previstas na Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85), e a impetração de mandado de segurança coletivo está sujeita à enumeração taxativa do art. 5º, LXX, da CF (partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe e associações): MS n. 21.059-RJ,

Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 133/652. Ademais, em mandado de segurança impetrado pelo Procurador-Geral da República afirmou-se que "a legitimidade ad causam no mandado de segurança pressupõe que o impetrante afirme titular de um direito subjetivo próprio" (STF, Tribunal Pleno, MS n. 21.239-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 23.4.93, p. 6.920)

O correto enquadramento dos casos de cabimento do mandado de segurança e da ação civil pública é extremamente relevante, na medida em que são marcantes as diferenças em termos de legitimidade ativa e passiva, procedimento e competência para julgamento. O acatamento de mandado de segurança com características de ação civil pública nos parece implicar violação ao devido processo legal e afastamento do juiz natural - garantias constitucionais essenciais ao Estado Democrático de Direito. (MEIRELLES, WALD, MENDES, p.131/132)

De acordo com os autores Sebastião de Oliveira Lima (1993, p. 137) e José Rogério Cruz e Tucci (1999, pag. 49), o elenco dos legitimados ativos para a impetração da segurança é taxativa, ou seja, *numerus clausus*.

A par deste entendimento, parece que o Ministério Público não tem legitimidade ativa *ad causam* para figurar no pólo ativo da ação mandamental, sendo a ação civil pública o meio constitucionalmente previsto para a defesa dos direitos difusos.

Hugo Nigro Mazzilli discorda deste entendimento:

Mesmo antes da Constituição de 1988, já se tinha chegado a admitir extensivamente o mandamus quando impetrado por órgãos do Ministério Público e, em que pesem os arts. 10 e 14 da Lei Complementar federal n. 40/81, até mesmo quando impetrado por órgãos de primeira instância do Ministério Público, junto a tribunais, para defesa de interesses coletivos ou da própria instituição. (...). Mesmo antes da Constituição de 1988, já se tinha chegado a admitir extensivamente o mandamus quando impetrado por órgãos do Ministério Público e, em que pesem os arts. 10 e 14 da Lei Complementar federal n. 40/81, até mesmo quando impetrado por órgãos de primeira instância do Ministério Público, junto a tribunais, para defesa de interesses coletivos ou da própria instituição. (MAZZILLI, 1991)

Independente das divergentes opiniões, importante ressaltar que há inclinação favorável para a propositura do mandado de segurança coletivo pelo Ministério Público^x.

VI – A COISA JULGADA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.

Tratar da coisa julgada relativa ao mandado de segurança coletivo, sem dúvida não é tarefa fácil.

Nos conflitos individuais, nos termos do artigo 467 do Código de Processo Civil, a coisa julgada é tratada como a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

O artigo 472, por sua vez, dispõe que “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”.

Nisso resulta, em síntese, a diferença entre limites objetivos e subjetivos da coisa julgada.

Enrico Tullio Liebman, ao comentar a coisa julgada assim se posiciona:

“Nisso consiste, pois a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato. A eficácia natural da sentença, com a aquisição dessa ulterior qualidade, acha-se, então, intensificada e potencializada, porque se afirma como única e imutável formulação da vontade do Estado de regular concretamente o caso decidido. E essa imutabilidade característica do comando, nos limites em que é disciplinada pela lei, opera, não já em face de determinadas pessoas, mas em face de todos os que no âmbito do ordenamento jurídico têm institucionalmente o mister de estabelecer, de interpretar ou de aplicar a vontade do Estado, não se excluindo o próprio legislador, que não poderá por isso mesmo mudar a norma concreta da relação, a qual vem a ser estabelecida para sempre pela autoridade da coisa julgada.” (LIEBMAN, 1981, p.54)

Rodolfo de Camargo Mancuso apresenta entendimento doutrinário no sentido de não caber coisa julgada específica no plano coletivo, em razão de que, essa categoria processual tem natureza adjetiva. Assim, a dimensão da coisa julgada não seria determinada por ela mesma, mas ficaria na razão direta da projeção dos efeitos substantivos do comando judicial, os quais ela simplesmente vem imunizar. (MANCUSO, 2007, p. 292).

Dentro do microsistema processual coletivo, a coisa julgada é tratada no artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública; artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor^{xi} e pelo artigo 22 da Lei do Mandado de Segurança.

O art. 16 da Lei n. 7.347/85 dispôs acerca do limite da competência territorial da coisa na Ação Civil Pública, nos seguintes termos:

"Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada 'erga omnes', nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer

legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova."

A doutrina critica ferozmente a inovação trazida à Lei da Ação Civil Pública. Nesse sentido, Sérgio Cruz Arenhart:

Maior preocupação tem posto a atual redação do art. 16, da Lei da Ação Civil Pública, que, especificamente para o trato de interesses individuais homogêneos, limita a extensão territorial da coisa julgada coletiva à área de abrangência do juízo prolator da decisão. Assim, sugere-se, se a decisão é proferida por um juiz de certa comarca do interior, somente haverá estabilidade da demanda nos limites territoriais daquela comarca. Em que pesem as críticas acirradas da doutrina, a jurisprudência tem dado plena aplicação ao preceito, entendendo até mesmo como necessária a inovação ali contida. (ARENHART, 2013)

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery, também tecem severas críticas ao citado artigo:

“(...) o Presidente da República confundiu limites subjetivos da coisa julgada, matéria tratada na norma, com jurisdição e competência, como se, v.g., a sentença de divórcio proferida por juiz de São Paulo não pudesse valer no Rio de Janeiro e nesta última comarca o casal continuasse casado! (...) Portanto, se o juiz que proferiu a sentença na ação coletiva *tout court*, quer verse sobre direitos difusos, quer coletivos ou individuais homogêneos, for competente, sua sentença produzirá efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme o caso (v. CDC 103), em todo o território nacional – e também no exterior –, independentemente da ilógica e inconstitucional redação dada (...)”. (NERY, N, NERY, R, 2001, P. 1558).

O Código de Defesa do Consumidor tentou ser mais preciso. Quando a ação versar sobre interesses difusos, haverá coisa julgada *erga omnes*, salvo caso de improcedência por insuficiência de provas; sobre interesse coletivo, coisa julgada *ultra partes*, salvo improcedência por insuficiência de provas; e sobre interesse individual homogêneo, coisa julgada *erga omnes*, apenas no caso de procedência^{xii}.

O mandado de segurança coletivo, por sua vez, vem disciplinado no artigo 22 *caput* da Lei nº. 12.16/2012, com a seguinte redação:

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

Contudo, esta regra por parte da doutrina é flagrantemente insuficiente para orientar como ocorreria a coisa julgada nas diferentes espécies de direito e patrocinados pelos diversos legitimados. Para compreender a real extensão da norma, se faz necessário buscar subsídios

no sistema, mais determinadamente, no Código de Defesa do Consumidor. (FERNANDES, 2010.)

E é nessa corrente que Fredie Didier e Hermes Zanetti Junior, tentam sanar tal polêmica, buscando no microsistema a solução para o impasse. Entendendo que o modo de produção da coisa julgada no mandado de segurança coletivo é o mesmo previsto genericamente para as ações coletivas e está regulado no art. 103 do CDC: *secundum eventum probationis*, sem qualquer limitação quanto ao novo meio de prova que pode fundar a repositura da demanda coletiva, e sua extensão subjetiva *será secundum eventum litis*, sem prejuízo das pretensões dos titulares de direitos individuais, mesmo no caso de desistência do processo prevista no § 1º do mesmo, já que sabidamente a desistência não embaça repositura da demanda (art. 267, VIII do CPC). (DIDIER, ZANETTI, 2010).

Além do mais, por incidência do art. 6º, § 1º, da nova lei, deve ser confirmado o que já constava do art. 16 da Lei n. 1.533/1951 e da Súmula n. 304 do STF: a decisão que afasta a via do writ por ausência de prova da liquidez e certeza do direito não interfere no mérito da questão e não impede a sua repositura. (STÉDILE, 2011, p. 56).

VII - CONCLUSÃO.

Pelo que se expôs, é de se concluir que o mandado de segurança coletivo é um importante instrumento de proteção de direitos, nascido com a Constituição Federal de 1988, que posteriormente foi regulamentado pela Lei 12.016/2009, e que apesar de bastante aguardado, o seu advento trouxe diversos temas que são objetos de discussão na doutrina e na jurisprudência.

Da mesma forma, evidenciou-se que a Constituição e a Lei 12.016/2009, se limitaram a estabelecer quais eram os interesses protegidos por ela e os legitimados para a propositura, e isso culminou em intensos debates.

Mas, em que pese entendimentos contrários, resguardado o devido respeito, certo é que a Lei 12.016/2009 fez bem ao excluir os interesses difusos do rol dos direitos protegidos pelo instituto. Isto porque, tanto a Constituição como a Lei regulamentadora foram claras ao delimitar a tutela para os interesses coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos, tendo em vista que a legitimação decorre de grupos com interesses bem específicos, o que não se compatibiliza com os direitos difusos.

O mesmo acontece com a ilegitimidade do Ministério Público para manejar o writ coletivo, visto a falta de previsão legal para tanto.

Bastante criticada, também, foi a regra que estabeleceu a coisa julgada no mandado de segurança coletivo na citada lei, em razão da sua redação confusa e que pode levar a conclusões que destoam das demais regras do sistema processual coletivo, tendo a doutrina, a preocupação em sanar tal controvérsia através da adequação do instituto ao microsistema coletivo, no que concerne à coisa julgada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Coisa julgada e coletivização de interesses individuais.** Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 4, n. 4, 01 out. 2013. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/revista-eletronica/59-volume-4-numero-4-trimestre-01-10-2013-a-31-12-2013/1401-coisa-julgada-e-coletivizacao-de-interesses-individuais> - Acesso em: 11-Jul-2014;

BELLINETTI, Luiz Fernando. **Mandado de Segurança Coletivo: perspectivas conceitual e pressuposto de admissibilidade no direito positivo brasileiro.** 1997. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo;

_____, **Definição de Interesses Difusos, Coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.** In Estudos de Direito Processual Civil, Ed. RT, 2005, págs.666/671.

_____, ANTUNES, Thiago Caversan, **Abrangência do Mandado de Segurança Coletivo.** Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009.

_____, ANTUNES, Thiago Caversan, **Os limites subjetivos da coisa julgada nas ações Coletivas.** Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. **A legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo.** Revista de Processo n°. 88, ano 22, 1997;

BUZAID, Alfredo Considerações sobre o mandado de segurança coletivo, n° 59, , São Paulo, 1992;

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Coisa julgada no mandado de segurança coletivo (art. 22 da lei n. 12.016/2009).** Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 10 out. 2009. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/doutrina/18-volume-1-numero-1-trimestre-01-10-2009-a-31-12-2009/86-coisa-julgada-no-mandado-de-seguranca-coletivo-art-22-da-lei-n-12-016-2009> - Acesso em: 03-Jul-2014

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Mandado de segurança coletivo e os direitos difusos: Art. 21, par.ún., da Lei n. 12.016/2009. Interpretação conforme a Constituição Federal.** Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 10 out. 2009. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/doutrina/18-volume-1-numero-1> trimestre-01-10-2009-a-31-12-2009/85-mandado-de-seguranca-coletivo-e-os-direitos-difusos-art-21-par-un-da-lei-n-12-016-2009-interpretacao-conforme-a-constituicao-federal - Acesso em: 03-Jul-2014

FERNANDES, Luciano. **Mandado de segurança coletivo: visão sobre a Lei 12.016/2009.** Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 1, n. 2, 01 jan. 2010. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.com.br/doutrina/19-volume-1-numero-2-trimestre-01-01-2010-a-31-03-2010/89-mandado-de-seguranca-coletivo-visao-sobre-a-lei-12-016-2009> - Acesso em: 03-Jul-2014;

JÚNIOR ,Nelson Nery e NERY, Rosa Maria, **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**, 5ª ed. São Paulo; RT, 2001;

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública.** 2. Ed. São Paulo: RT, 2005;

LIEBMAN ,Tullio - **Eficácia e Autoridade da Sentença**, 2ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1981;

LIMA, Sebastião de Oliveira. **Mandado de Segurança Coletivo e seus principais problemas.** Revista trimestral de Direito Público, nº 3, 1993;

MANCUSO, Rodolfo de Camargo – **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas** – 2.ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 292.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público no Mandado de Segurança, no Mandado de injunção, na ação popular e no habeas corpus.** Este artigo é a reprodução do Cap. 12, do livro Manual do Promotor de Justiça, 2ª ed., Saraiva, 1991, p. 311-325, disponível em www.mazzilli.com.br. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/mpmshcetc.pdf>.

MEIRELLES, Hely Lopes, Wald, Arnold, Mendes Gilmar Ferreira - **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**, 33ª edição, Ed. Malheiros, 2010;

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo**, Malheiros Editores, 26ª edição;

MEIRELLES, Hely Lopes, **Mandado de Segurança**. São Paulo: Malheiros, 23ª ed., atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, 2001;

OLIVEIRA, James Eduardo. **Código de Defesa do Consumidor: anotado e comentado: doutrina e jurisprudência**. 4 ed. São Paulo: Atlas 2009;

Stédile, Luis Otávio - **O mandado de segurança coletivo e a legitimidade do Ministério Público para sua impetração** / Luís Otávio Stédile. Brasília : Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, pág. 56.

TUCCI, José Rogério Cruz. **“Class Action” e Mandado de Segurança Coletivo: como instrumento para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**. Curitiba, Juruá, 1999.

ⁱ Esse é a compreensão majoritária, contudo, há quem defenda que o mandado de segurança coletivo, não é um instituto nascido com a CF/88, é preexistente a ela. (Bellinetti, Cavarsan, 2009, p. 9610)

ⁱⁱ Texto disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-out-18/professor-lei-mandado-seguranca-desastre>, acessado em 20/09/2013.

ⁱⁱⁱ Sobre a utilização dos termos direito ou interesse, Luiz Fernando Bellinetti (2005), faz distinção entre eles. “Quando se usa o termo direito, geralmente se faz num sentido subjetivo. Todavia, quando se ingressa na esfera coletiva, é preciso prescindir desse binômio, com identificação dos titulares dos direitos (...). Por isso, entendo que é melhor a utilização do termo interesse coletivo, embora não seja absurda a idéia de direito do grupo (desde que com uma concepção distinta da de direito subjetivo individual e de relação jurídica” (Bellinetti, Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, in Estudos de Direito Processual Civil. Ed. RT, 2005, págs. 666/671)

^{iv} A posição do citado Autor não é dominante. Tendo a Doutrina majoritária, definindo o interesse individual homogêneo “ por sua divisibilidade plena, na medida em que, além de serem os seus sujeitos determinados, não existe, por regra, qualquer vínculo jurídico ou relação jurídica-base ligando-os, sendo que, em realidade, a conexão entre eles decorre de uma origem comum, como, por exemplo, o dano causado à saúde individual de determinados indivíduos, em decorrência da emissão de poluentes no ar por uma indústria. Diante disso, é perfeitamente identificável o prejuízo individual de cada qual, podendo se dividir (cindir) interesse, efetivando-se a prestação jurisdicional de maneira

correlacionada ao dano particular” Lenza, Pedro. Teoria Geral da Ação Civil Pública. 2. Ed. São Paulo: RT, 2005. P. 76.

^v Disso se extrai, conforme lição do Professor Luiz Fernando Bellinetti^v, que: “a dicção do texto constitucional deixa claro que a legitimação conferida para o mandado de segurança coletivo deriva exatamente do fato de estar à entidade defendendo interesses dos seus membros, o que logicamente leva à conclusão de que somente existe tal legitimação quando esses interesses forem específicos do grupo”. Bellinetti, Luiz Fernando. Mandado de Segurança Coletivo : perspectivas conceitual e pressuposto de admissibilidade no direito positivo brasileiro. 1997. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Pág. 244

^{vi} Nesse sentido: O mandado de segurança coletivo visa à tutela de interesses coletivos e individuais homogêneos, não se prestando à defesa de interesses difusos, conforme disposição expressa no art. 21, da Lei 12.016/09. 2. Verifica-se a ausência de interesse processual, por inadequação típica, diante da constatação de que o mandado de segurança coletivo, impetrando por associação civil, tem por escopo a proteção de interesse difuso da comunidade local. (TJMG - Agravo 1.0435.10.001332-3/003, Relator(a): Des.(a) Bitencourt Marcondes , 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 05/07/2012, publicação da súmula em 17/07/2012)

^{vii} “A previsão do art. 5º, LXX, da Constituição objetiva aumentar os mecanismos de atuação dos partidos políticos no exercício de seu mister, tão bem delineado na transcrição supra, não podendo, portanto, ter esse campo restrito à defesa de direitos políticos, e sim de todos aqueles interesses difusos e coletivos que afetam a sociedade. A defesa da ordem constitucional pelos Partidos Políticos não pode ficar adstrita somente ao uso do controle abstrato das normas. A Carta de 1988 consagra uma série de direitos que exigem a atuação destas instituições, mesmo em sede de controle concreto. À agremiação partidária, não pode ser vedado o uso do mandado de segurança coletivo em hipóteses concretas em que estejam em risco, por exemplo, o patrimônio histórico, cultural ou ambiental de determinada comunidade. Assim, se o partido político entender que determinado direito difuso se encontra ameaçado ou lesado por qualquer ato da administração, poderá fazer uso do mandado de segurança coletivo, que não se restringirá apenas aos assuntos relativos a direitos políticos e nem a seus integrantes”. (STF, RE 196184/AM, transcrição, boletim informativo 372). Grifo nosso.

^{viii} ^{viii} Em que pese este não ser o foco do trabalho, se faz importante mencionar que o STF já relativizou a exigência de constituição há pelo menos um ano para os sindicatos: “Tratando-se de mandado de segurança coletivo impetrado por sindicato, é indevido a exigência de um ano de constituição e funcionamento, porquanto esta restrição destina-se apenas às associações”. (STF, RE 198.919, Rel. Min. Imar Galvão, DJ, 24/09/99).

^{ix} Conforme a Súmula 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".

^x o STJ já firmou que tem o Ministério Público legitimidade ativa ad causam para mandado de segurança coletivo, embora não previsto no texto específico: A Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à proibidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 2. A nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 3. O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social não se limitando à ação de reparação de danos. 4. Hodiernamente, 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. 5. Em conseqüência, legitima-se o Parquet a toda e qualquer demanda que vise à defesa do

patrimônio público (neste inserido o histórico, cultural, urbanístico, ambiental, etc), sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade). 6. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 7. Precedentes do STJ: AARESP 229226/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 07/06/2004; RESP 183569/AL, deste relator, Primeira Turma, DJ de 22/09/2003; RESP 404239/PR; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ de 19/12/2002; ERESP 141491/SC; Rel. Min. Waldemar Zveiter, Corte Especial, DJ de 01/08/2000. (STJ - RESP 586307 - MT - 1ª T. - Rel. Min. Luiz Fux - DJU 30.09.2004 - p. 00223)

^{xi} Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

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

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

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

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

^{xii} Sobre o tema: “Assim, o julgamento de procedência de uma demanda judicial na qual se pleiteia a tutela de interesses difusos, coletivos stricto sensu ou individuais homogêneos, quando transitado em julgado entre as partes, torna a situação jurídica indiscutível para o réu que, em virtude da autoridade da coisa julgada e da indivisibilidade do interesse, se vê inviabilizado de renovar a controvérsia, mesmo em face de terceiros que se beneficiem da eficácia natural da sentença – que ficam, por sua vez, prejudicados em relação à renovação da controvérsia não por conta da autoridade da coisa julgada, que não lhes atinge, mas por conta da inexistência de interesse de agir, de forma análoga ao que ocorre nas demandas de cunho individual”. (BELLINETTI, CAVERSAN, 2010, p. 7375).