

# **O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO: DA LACUNA NO DIREITO POSITIVO À SEGURANÇA JURÍDICA**

**Nathalie Kuczura NEDEL<sup>1</sup>**

**Tatiana Dibi SCHVARCZ<sup>2</sup>**

## **RESUMO**

A Constituição Federal de 1988, além de tutelar o Mandado de Segurança Individual, já previsto em outras constituições brasileiras, fez menção ao Mandado de Segurança Coletivo. Contudo, a legislação ordinária nada previa a esse respeito, formando-se, então, uma celeuma jurídica nesse aspecto. Assim, com o objetivo de sanar a referida lacuna, adveio a Lei 12.016/09, que versa sobre o objeto, a legitimidade e a coisa julgada no Mandado de Segurança Coletivo. Dessa forma, cotejando a aludida legislação com o Estatuto Consumista e entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, combater-se-á a insegurança jurídica que pairava sobre o instrumento constitucional em apreço.

**Descritores:** Mandado de Segurança Coletivo; Direitos Coletivos; Legitimidade; Procedimento; Coisa Julgada Coletiva.

## **RESUMEN**

La Constitución Federal de 1988, además de tutelar el Mandato de Seguridad Individual, ya previsto en otras constituciones brasileñas, realizó mención al Mandato

---

<sup>1</sup> Publicação de artigo no v. 3, número 2 da Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM–ISSN 1981-3694; estágio na 2ª Vara Cível no foro de Santa Maria, a partir de abril de 2009; publicação de artigo nos anais da VII Semana Acadêmica do Direito da UFSM-ISSN 1981-3694; participação como apresentadora na Entrementes–Faculdade de Direito de Santa Maria.

<sup>2</sup> Publicação de artigo nos anais da VII Semana Acadêmica do Direito da UFSM-ISSN 1981-3694; participação como apresentadora na VIII Semana acadêmica do Direito da UFSM; estágio no Ministério Público Estadual na Comarca de Santa Maria, durante 6 meses; estágio no escritório de advocacia Assis Brasil, Rocha, desde dezembro de 2009.

de Seguridad Colectivo. Sin embargo, la legislación ordinaria nada previa a ese respecto, formándose, entonces, un vacío jurídico en ese aspecto. Así, con objetivo de corregir el referido vacío, surgió la Ley 12.016/09, que trata sobre el objeto, la legitimidad y la cosa juzgada en el Mandato de Seguridad Colectivo. De esa forma, confrontando la citada legislación con la ley sobre la defensa del consumidor y entendimientos jurisprudenciales y doctrinarios, se combate la inseguridad jurídica que pairaba sobre el instrumento constitucional en cuestión.

**Descriptor:** Mandato de Seguridad Colectivo; Derechos Colectivos; Legitimidad; Cosa Juzgada Coletiva.

**Título:** El Mandado de Seguridad Colectivo: Del Vazio em El Derecho Positivo a La Seguridad Juridica

## ABSTRACT

The 1988 Federal Constitution, besides defending the Writ of Mandamus, already foreseen in other constitutions of Brazil, mentions the Writ of Collective Mandamus. Although, the ordinary legislation does not provide anything about it, it forms due to this case a vacuum in legal aspect. Thus, trying to close that gap, came the Law 12.016/09, which concerns the object, legitimacy and res judicata in the Writ of Collective Mandamus. Therefore, comparing the alluded legislation to the Consumer Statute and jurisprudential and doctrinal understandings, the legal uncertainty that hung over the constitutional instrument in question will be defeated.

**Descriptors:** Writ of Mandamus Collective; Collective right; Legitimacy; Res Judicata Collective.

**Title:** The Writ of Collective: from the vacuum in legal aspect to Legal Security



## INTRODUÇÃO

O Mandado de Segurança é um instituto de criação brasileira, caracterizando-se como sendo uma ação constitucional de natureza civil. Foi previsto pela primeira vez, de forma constitucional, em 1934, sendo apenas suprida a sua previsão expressa na Magna Carta de 1937. Além das referidas tutelas constitucionais, a Lei 1.531/51 regulamentava todas as regras gerais aplicáveis à espécie.

A Constituição Federal de 1988, igualmente, fez referência ao Mandado de Segurança. Segundo o referido Diploma, o Mandado de Segurança protege direito líquido e certo, não tutelado por *habeas corpus* e *habeas data*, quando o agente que praticou o ato ilegal ou agiu com abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Estatal (art. 5º, inciso LXIX).

Ademais, a Constituição atual refletiu a realidade fática e jurídica do século XX, em que emergiram os chamados “direitos de terceira geração”, ao prever, expressamente, em seu art. 5º, inciso LXX, o Mandado de Segurança Coletivo. Ou seja, a partir de 1988 o instituto em questão deixou de ter enfoque, tão somente, individualista, para abarcar também direitos pertencentes a uma coletividade.

Previu-se, portanto, uma legitimação extraordinária para a impetração do Mandado de Segurança. Contudo, o procedimento adotado era o mesmo utilizado para o Mandado de Segurança Individual, o que ocorria pela ausência de previsão ordinária acerca do tema.

Assim, os operadores do direito utilizavam-se, mormente, do disposto na Lei 1.531/51, que trazia regras somente em relação ao instituto previsto de forma individual, para a aplicação do Mandado de Segurança Coletivo. Ocorre que a aludida legislação não versava sobre temas deveras importantes para a aplicação e eficácia do Mandado de Segurança Coletivo, como, por exemplo, não fazia menção à coisa julgada coletiva.

Diante de tal lacuna no ordenamento jurídico, a doutrina e jurisprudência iniciaram a firmar entendimento sobre as matérias que não possuíam



correspondência na legislação ordinária. Foi o que ocorreu com a aplicação do disposto no Título III do Estatuto Consumista, que, por muitos autores, é denominado “Código de Processo Civil Coletivo”, ao Mandado de Segurança Coletivo.

Sendo assim, para a aplicação do Mandado de Segurança Coletivo era necessário analisar a Lei 1.531/51, conjugada com outras normas e com o entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Esse cotejo entre diversas fontes do direito e, principalmente, a existência de posicionamentos e entendimentos diversos, fazia com que, em casos semelhantes, as decisões proferidas pelo Poder Judiciário fossem diversas, o que, por conseguinte, gerava uma insegurança jurídica.

Dessa forma, considerando a falta de disposição ordinária sobre o Mandado de Segurança Coletivo, bem como a existência de várias críticas no tocante à Lei 1.531/51, adveio, em 2009, a Lei 12.016, que consolidou no ordenamento jurídico infraconstitucional entendimentos jurisprudenciais e doutrinários.

Assim, com a promulgação da Lei nº. 12.016, em 17 de agosto de 2009, finalmente foi suprida a aludida celeuma normativa no direito positivo brasileiro, uma vez que disciplinou, mesmo que singelamente – em apenas dois artigos-, o *mandamus* coletivo.

Resta evidente, pois, que é imperioso analisar, de maneira pormenorizada, a disciplina infraconstitucional sobre o Mandado de Segurança Coletivo, a fim de verificar todas as suas características, bem como a sua aplicabilidade e eficácia, possibilitando, dessa forma, uma maior segurança jurídica.

## **1. OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO: DIREITOS TUTELADOS**

Importante discussão ainda alimenta dúvidas acerca do cabimento do Mandado de Segurança, no que tange aos direitos que podem ser invocados através da utilização desse remédio constitucional.



Divide-se, a doutrina, em quatro teorias sendo três delas restritivas, e uma ampliativa. As teses restritivas procuram limitar a tutela a um ou alguns direitos dentre os direitos coletivos *lato sensu* (os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos). Já a tese ampliativa, permite a tutela pelo Mandado de Segurança Coletivo dos direitos coletivos *lato sensu* de forma geral, abarcando a legitimidade dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Nessa senda, antes de realizar-se as pertinentes considerações acerca do tema em epígrafe, importante fazer a distinção de cada um dos direitos mencionados alhures.

Tem-se por direitos difusos, os transindividuais - pertencentes a vários indivíduos -, de natureza indivisível, cujos titulares sejam indeterminados. Ainda, referidos titulares devem estar relacionados por circunstâncias fáticas, não existindo, entre eles, uma relação jurídica-base.

Já, os direitos coletivos *stricto sensu*, são direitos transindividuais, de natureza indivisível, tendo como titulares um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica- base.

Saliente-se, portanto, que para fins de diferenciar os direitos supra referidos, deve-se atentar para a possibilidade de identificar-se o grupo, categoria ou classe, ou a existência de ligação a esses. Caso se encontre esse elemento determinante, estar-se-á cuidando de direito coletivo *stricto sensu*, uma vez que impossível a ocorrência desse fenômeno no âmbito difuso, porquanto sua principal característica consiste na generalidade, fluidez e impossibilidade de apropriação, por pertencerem à integralidade.

No concernente aos direitos individuais homogêneos, tem-se que são aqueles decorrentes de origem comum, ou seja, os direitos nascidos em consequência da própria lesão ou ameaça de lesão. Sendo assim, o fato jurídico-base, que conecta todos os interessados, permite que sejam tutelados de modo coletivo.

Ademais, entende-se que a criação de referida categoria teve por objetivo primeiro beneficiar os titulares dos direitos individuais com natural dimensão coletiva, os quais apresentam demandas decorrentes da massificação das relações jurídicas e



suas respectivas lesões. Aludidos benefícios consistem, basicamente, no maior impacto que a reclamação levada a juízo, coletivamente, pode ter; na economia processual; na padronização de julgamentos; e nas custas processuais mais acessíveis aos litigantes.

Feitas as relevantes considerações, parte-se para a análise da adequação das categorias de direito acima mencionadas, ao *Writ* coletivo ora estudado.

Inicialmente, importante trazer à baila o dispositivo da Lei 12.016/09, que trata a respeito do tema, *in verbis*:

Art. 21.

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

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante". (VADEMECUM ..., 2010)

Como possível depreender da análise do dispositivo acima elencado, o legislador, apoiado pela jurisprudência predominante, excluiu a possibilidade de o Mandado de Segurança Coletivo ser impetrado direcionando-se à defesa de direitos ou interesses difusos, admitindo-se, somente, a tutela de direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos.

Tal fato é explicado pela doutrina, mormente, pela impossibilidade de assegurar-se um direito líquido e certo a um grupo indeterminado de pessoas, porquanto só um direito subjetivo poderia ser líquido e certo. Dentre os adeptos dessa linha argumentativa, tem-se como expoentes, José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo<sup>3</sup>.

Em contrapartida, há que se destacar a existência de entendimento contrário ao exposto. Tal é defendido por parcela da doutrina que, apesar de minoritária,

---

<sup>3</sup> MEDINA GARCIA, José Miguel; DE ARAÚJO CALDAS, Fábio. **Mandado de Segurança Individual e Coletivo Comentários à Lei 12.016 de 7 de agosto de 2009**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009. 242 p.



apresenta argumento bastante pertinente, entendendo ser possível a impetração de Mandado de Segurança Coletivo para interesses e direitos difusos.

Adere a esse pensamento, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, que apresenta resistência quanto à referida limitação, não incluindo as ações de direito difuso, que são espécies de direito coletivo. Assim referiu:

O direito de que trata o texto constitucional é o direito *tout court*, seja individual (de pessoa física ou jurídica), coletivo ou difuso, pois as normas sobre direitos e garantias fundamentais devem ser interpretadas vis expansiva, como é curial: não havendo vedação na Constituição Federal, a impetração para defesa de direito difuso é admissível. (CRUZ, 2009)

Ainda, os simpatizantes de referido entendimento, como Hermes Zaneti Jr<sup>4</sup>, compreendem que independente da categoria de direito a ser protegido, se forem precisamente comprovados os pressupostos processuais necessários à legitimação do Mandado de Segurança Coletivo, como, por exemplo, fatos absolutamente incontroversos e respectiva comprovação documental, não haveria uma razão para desconhecê-lo. Logo, se um direito difuso a ser objeto de um *writ* transparecer os requisitos aludidos não há razão para ser-lhe negado recebimento.

## 2. DO ROL DE LEGITIMADOS

Primeiramente, insta consignar que o Mandado de Segurança diz respeito à tutela de direitos na modalidade coletiva, e não da tutela de direitos coletivos. Isso porque, o direito tutelado no *writ* sempre será individual, havendo a faculdade de referido direito ser exercido por meio dos legitimados coletivamente. Sendo assim, tem-se que o direito em si não é coletivo, a representação que o será.

Nesse íterim, imprescindível tecer considerações acerca dos legitimados a impetrarem o remédio constitucional em análise, uma vez que mudanças

---

<sup>4</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. Mandado de Segurança Coletivo. In: DIDIER JUNIRO, Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. 4ª Edição. Salvador: Ed. Podivm, 2009. P. 157-210.



significativas nesse aspecto insurgiram junto à edição da Nova Lei de Mandado de Segurança – Lei 12.016/09.

Corroborando a importância destinada ao tema, impende trazer à colação os dizeres de J. J. Calmon de Passos:

Não se cuida, cumpre logo dizer e fundamentar, de uma nova garantia constitucional. Estamos diante do velho mandado de segurança, ampliado em termos de legitimação para sua propositura, dessa legitimação nova resultando repercussões sobre a estrutura do procedimento e sobre a decisão de mérito nela proferida. (CALMON DE PASSOS, 1989)

Nesse sentido, o artigo 21 do diploma legal referido alhures é taxativo no que concerne ao rol de legitimados nessa espécie de Ação Constitucional. Imperiosa, portanto, a sua transcrição, *in verbis*:

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. (VADEMECUM ..., 2010)

Nesse vértice, os Partidos Políticos são legitimados a impetrarem o Mandado de Segurança Coletivo, desde que tenham representação no Congresso Nacional.

Importante ressaltar, ainda, que a redação do artigo supra referido determinou a abrangência de atuação dos partidos políticos, ou seja, delimitou a natureza do direito a ser invocado pelos partidos políticos, via Mandado de Segurança Coletivo. Sendo assim, admite-se a possibilidade de atuação dos partidos políticos, tão-somente, na defesa de interesses ou direitos de seus eleitores e filiados.

No entanto, consigna-se que, segundo recente entendimento do STF<sup>5</sup>, restou afirmado que a pertinência temática não é exigida aos partidos políticos, podendo ser

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE 196184/AM**. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE%20196184.NUME.%20OU%20RE%20196184.ACMS.\)\(\(ELLEN%20GRACIE\).NORL.%20OU%20\(ELLEN%20GRACIE\).NORV.%2](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE%20196184.NUME.%20OU%20RE%20196184.ACMS.)((ELLEN%20GRACIE).NORL.%20OU%20(ELLEN%20GRACIE).NORV.%2)



tutelado pelo partido qualquer interesse coletivo, sendo vedada, somente, a defesa de interesses individuais homogêneos. Por conta disso, critica-se o texto da nova Lei, entendendo-se não ser ele condizente com o entendimento atualizado e seguido atualmente.

Nesse norte:

Este posicionamento do STF é importante para o exame do art. 21, caput, pois a redação do artigo nasce desatualizada, em face da interpretação do alcance da legitimação conferido pela nossa Corte Constitucional. Não há que se restringir a atuação dos partidos apenas aos interesses de seus integrantes, ou à finalidade partidária (MEDINA; ARAÚJO, 2009)

No que pertinente às organizações sindicais, entidades de classe ou associações, antes de adentrar no mérito da questão, imperiosa se mostra a análise, pormenorizada, acerca da natureza jurídica da legitimação ativa para impetração do Mandado de Segurança Coletivo.

Com relação ao tema aventado, impende referir que, apesar de a regra em nosso sistema jurídico tratar-se de legitimação ordinária – a legitimação para a causa pertence àquele que também é supostamente o titular do direito material que será discutido na ação judicial –, no Mandado de Segurança Coletivo a maioria da doutrina compreende se tratar de legitimação extraordinária, ou, também chamada, substituição processual, ou seja, quando alguém comparece em juízo em nome próprio, só que em defesa de direito alheio.

Nessa seara, apresentou posicionamento, José Cretella Júnior:

Quando expresso dispositivo constitucional permitiu que o partido político, a organização sindical, a entidade de classe e a associação impetrassem mandado de segurança, agindo, assim, em juízo, em nome próprio, como autores, para defesa de direito líquido e certo de seus membros ou associados (art. 5º, LXX, a e b), pela primeira vez, em nosso direito processual e constitucional, a figura da substituição processual foi acolhida, com relação ao writ of mandamus. (CRETELLA JÚNIOR, 1991)

Sendo assim, realizadas as pertinentes observações, importa mencionar que os entes coletivos representados pelos sindicatos, entidades de classe ou associações

---

00U%20(ELLEN%20GRACIE).NORA.%20OU%20(ELLEN%20GRACIE).ACMS.)(@JULG%20>=%2020041027)&base=baseAcordaos>. Acesso em: 01 abr. 2010.



são absolutamente legitimados a impetrar o *writ* coletivo. Por conseguinte, tem-se por desnecessária, a autorização expressa dos associados e sindicalizados para a impetração, uma vez que, como visto anteriormente, referidos entes possuem legitimação extraordinária.

Com fins de ratificar o entendimento exposto, conferiu-se a manifestação do STF através da Súmula 629, que assim dispõe: “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes” (BRASIL, 2003).

Ademais, há que se observar relevante detalhe, o qual se refere aos limites impostos aos entes em questão. Determinou-se que sua atuação somente será legítima quando observada a pertinência temática, ou seja, a defesa dos direitos tutelados deverá estar interligada aos interesses daqueles que estão sendo representados.

Por derradeiro, no tocante ao requisito da pré-constituição das associações, o entendimento predominante se revela no sentido de que esse poderá ser avaliado de maneira ponderada quando do recebimento pelo julgador, mormente quando evidenciado o interesse social e a relevância do bem jurídico a ser protegido.

Ainda, interessante discussão envolta no tema refere-se à legitimação do Ministério Público. A polêmica se situa, basicamente, no que tange à tutela dos direitos individuais homogêneos, os quais, essencialmente, são privados e divisíveis, o que, por si só, excluiria a possibilidade de legitimação do Ministério Público.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça vem firmando entendimento no sentido de que o *parquet*, de forma excepcional e residual, pode utilizar do remédio constitucional ora estudado para fins de tutelar interesses e direitos individuais homogêneos (BRASIL, 2009).

### **3. COISA JULGADA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO**



Antes de adentrar na análise do disposto no artigo 22 da Lei 12.016/09, necessário tecer algumas considerações acerca da coisa julgada.

A coisa julgada se dá quando houver transcorrido o prazo para interposição do recurso cabível, ou quando se exauriram todos os recursos. Consubstancia-se, pois, com o denominado trânsito em julgado das decisões.

A coisa julgada surgiu para tornar as decisões proferidas imutáveis e indiscutíveis, uma vez que não é possível a propagação das lides de forma infinita. Nesse sentido:

Sucede que a impugnabilidade das decisões não pode ser irrestrita: a partir de certo momento é preciso garantir a estabilidade daquilo que foi decidido, sob pena de perpetuar-se a incerteza sobre a situação jurídica submetida à apreciação do Judiciário.” (DIDIER JR.; BRAGA SARNO; OLIVEIRA, 2008)

Nesse diapasão, cabe verificar se a decisão torna-se imutável apenas dentro daquele processo em que foi proferida – eficácia endoprocessual - ou se os seus efeitos transcendem ao processo – eficácia extraprocessual -. No primeiro caso, está-se diante da chamada coisa julgada formal, e, no segundo, vislumbra-se a denominada coisa julgada material. Consigne-se, contudo, que um dos pressupostos da formação desta forma de coisa julgada é a ocorrência de coisa julgada formal.

No pertinente à coisa julgada material é importante referir que haverá limites objetivos e subjetivos.

Os limites objetivos dizem respeito à norma jurídica individualizada criada pelo Poder Judiciário, que será estabelecida no dispositivo da sentença. Dessa forma, somente faz coisa julgada material a norma jurídica concreta, contida no dispositivo da decisão.

Os limites subjetivos, por sua vez, relacionam-se com quem está submetido à coisa julgada. Em regra, a coisa julgada se operará *inter partes*, ou seja, a imutabilidade da decisão atingirá apenas aquelas pessoas que figuraram como parte no processo. No entanto, existem exceções em que o efeito da coisa julgada se operará *ultra partes*, que ocorre quando, além das partes, um determinado terceiro é atingido; ou *erga omnes*, que se dá quando o manto da coisa julgada acoima a todos os jurisdicionados.



Nesse íterim é preciso, ainda, analisar o meio de produção da coisa julgada. Esse pode ser *pro et contra*, independe se a decisão é de procedência ou improcedência, a decisão proferida sempre estará apta a formar coisa julgada; *secundum eventum litis*, apenas há coisa julgada material quando a decisão for procedente; e *secundum eventum probationis*, somente há coisa julgada material quando houver o esgotamento das provas.

Nesse aspecto, necessário analisar especificamente a questão da coisa julgada nas ações coletivas.

A coisa julgada nas ações coletivas é tratada nos artigos 103 e 104 da Lei 8.078/90, os quais, igualmente, eram aplicados ao Mandado de Segurança Coletivo antes do advento da Lei 12.016/09.

Segundo os aludidos dispositivos, quando o processo for extinto sem resolução de mérito ou julgado improcedente por insuficiência de provas - *secundum eventum litis* -, a coisa julgada será formal. Isso é, qualquer legitimado poderá ingressar com uma ação individual ou uma ação coletiva reproduzindo a mesma causa de pedir da demanda anterior.

Ademais, quando o feito versar sobre direitos difusos e coletivos os efeitos da coisa julgada não prejudicarão interesses individuais. Por outro lado, se a demanda se pautar em interesses individuais homogêneos, aquele que não participou da ação poderá, em caso de improcedência desta, ingressar com ação individual.

Cabe referir, ainda, que, no caso de direitos difusos, não é possível haver a figura da assistência litisconsorcial e do litisconsórcio, bem como não há litispendência entre a ação individual e a coletiva. Não há, por conta disso, que se falar em suspensão do processo individual para habilitação no processo coletivo, nesses casos.

Diante de todo o exposto, vislumbra-se que podem surgir, em suma, três hipóteses diversas, que merecem ser analisadas separadamente.

O lesado pode ter proposto demanda individual antes do ajuizamento da ação coletiva e pedido a suspensão do primeiro feito. Essa hipótese deve ser analisada sob dois prismas. Primeiro, se ele se habilitar como litisconsorte ou assistente litisconsorcial, será ele atingido pela coisa julgada, recaindo essa sobre a sentença de



procedência ou improcedência, exceto por falta de provas; e segundo, se ele não se habilitar, será beneficiado caso haja procedência da ação coletiva e, ainda, não será prejudicado com a improcedência, podendo, nesse caso, prosseguir na ação proposta a título individual.

Por outro lado, se o lesado propôs ação individual e com o ajuizamento da ação coletiva não pleiteou a suspensão daquela, o indivíduo não será atingido pela coisa julgada produzida, seja ela acerca de decisão procedente ou improcedente.

Por fim, se o lesado não propôs ação individual e, tampouco, compôs o polo ativo do feito coletivo, será beneficiado em caso de procedência deste e, em sendo ele julgado improcedente, poderá ingressar com ação individual.

Verifica-se, portanto, que a coisa julgada coletiva é um instituto bastante complexo, que leva em consideração a situação fática vivenciada em cada caso especificamente.

Conforme já referido alhures, até agosto de 2009, aplicava-se ao Mandado de Segurança Coletivo o regime de coisa julgada até aqui exposto. Com o advento da Lei 12.016/09, ficou estabelecido que a coisa julgada será limitada aos membros do grupo ou categorias substituídas pelo impetrante. Ou seja, a referida legislação consagrou a formação de coisa julgada material independentemente do resultado do mandado de segurança coletivo, evitando, conseqüentemente, a atribuição de efeito *erga omnes* à decisão.

A legislação em questão refere, ainda, que o mandado de segurança coletivo não induz litispendência com o individual, reproduzindo, nesse ponto, o disposto no art. 104 do CDC. Por outro lado, faz menção à necessidade de desistência da ação individual para o aproveitamento do julgamento da ação coletiva. Embora inicialmente pareça cópia do texto do art. 104 do CDC, não o é, porquanto este exige a suspensão do processo individual e aquele a sua desistência.

Verifica-se, pois, que há um conflito entre duas leis que regulamentam o processamento da ação coletiva, sendo que uma é mais benéfica do que a outra. Assim, a doutrina tem se manifestado no sentido de que o entrave deve ser solucionado com o diálogo entre as fontes do direito, buscando-se a interpretação



que melhor se adeque aos direitos fundamentais assegurados pelos incisos LXIX e LXX da CF/88:

Através deste diálogo emerge a solução do conflito, pela análise do magistrado que prepondera as fontes heterogêneas, que, diga-se não se excluem.[...] Em relação ao art. 22, §1º, e seu conflito com o art. 104 do CDC parece-nos, assim, que a interpretação que mais condiz com os mandados constitucionais acima referidos aponta para a incidência da última regra e a desconsideração da primeira na solução da pendência entre o mandado de segurança individual e coletivo. (MEDINA; ARAÚJO, 2009)

Dessa forma, entende-se que se deve adotar o disposto no Estatuto Consumeirista, exigindo-se, para que o lesado aproveite o julgamento da ação coletiva, tão somente, a suspensão desta, não sendo necessária a sua desistência.

O artigo 22 da Lei do Mandado de Segurança faz menção aos limites subjetivos da coisa julgada, bem como a outras peculiaridades. Contudo, não faz qualquer referência no que tange à técnica de produção da coisa julgada, se *pro et contra*, *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis*. Vislumbra-se, pois, que a nova legislação já surgiu com uma lacuna normativa, que deverá ser solucionada, a princípio, pela doutrina jurídica.

Assim, a doutrina tem apresentado três possibilidades para solucionar a referida celeuma jurídica, as quais serão expostas a seguir.

A primeira delas é considerar que o modo de produção de coisa julgada é o da regra geral do Código de Processo Civil, ou seja, *pro et contra*, para todos, sem qualquer ressalva. Tem-se entendido que essa posição não é a mais correta, porquanto vai de encontro ao que dispõe o Código de Defesa do Consumidor, que tutela as ações coletivas como um todo e adota, inclusive, uma forma mais dispendiosa para os lesados que a prevista no aludido microssistema.

A segunda solução seria adotar como modelo da coisa julgada, o utilizado para o mandado de segurança individual, qual seja o *secundum eventum probationis*. Tal entendimento poderia prosperar, uma vez que se coaduna, em parte, com o que dispõe o CDC. Contudo, não seria viável, na prática, uma vez que, em regra, o mandado de segurança baseia-se em prova documental e, por isso, a sua negativa baseada em outro fundamento que não a ausência de provas poderia levar à



formação de coisa julgada material, prejudicando o direito de propor nova ação com igual fundamento.

A última opção é aplicar o *secudum eventum litis*, utilizando-se do disposto no artigo 103 do Estatuto Consumista. O entendimento doutrinário tem firmado posição nesse sentido, uma vez que, em havendo lacuna, é necessário socorrer-se à analogia de outras normas que façam menção a direito similar.

Assim, fica evidente que, em se tratando de Mandado de Segurança Coletivo, em regra a coisa julgada será *ultra partes* e o seu modo de produção será *secudum eventum litis*, bem como que se deve utilizar o disposto no art. 104 do CDC em detrimento do previsto no artigo 22, §1º da Lei 12.016/09.

## CONCLUSÃO

A Lei 12.016 de 2009 adveio com objetivo de suprimir uma celeuma jurídica existente no tocante ao Mandado de Segurança Coletivo. Representa, pois, nesse sentido, um significativo avanço no direito positivo. Contudo, a aludida legislação não abarcou, exaustivamente, todas as situações pertinentes ao *writ* coletivo, tendo, inclusive, pecado em alguns aspectos, porquanto vai de encontro a entendimentos jurisprudenciais e ao disposto no denominado “Código de Processo Civil Coletivo”.

Nesse diapasão, torna-se imperioso realizar uma análise mais crítica acerca do instituto em questão, a fim de conceder uma maior segurança jurídica a direito fundamental constitucional. Isso se dá através do cotejo dos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários atualizados com o disposto nos artigos 21 e 22 da lei supra referida.

Assim, diante de todo o exposto, possível verificar que devem prevalecer os entendimentos expendidos a seguir.

No pertinente ao alcance do Mandado de Segurança Coletivo, em que pese existirem posicionamentos no sentido de que a norma do artigo 21 deve ser analisada de forma ampliativa, para abarcar os direitos coletivos *lato sensu*, tem-se



que mais correta é a interpretação literal do artigo. Ou seja, podem ser objeto de Mandado de Segurança Coletivo apenas os direitos coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos.

Com relação aos legitimados à impetração do remédio constitucional em destaque, parte-se da análise do art. 21 da Lei já referida. Essa disciplina que serão legitimados os partidos políticos, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano.

Com relação aos partidos políticos, esses poderão impetrar Mandado de Segurança Coletivo com vistas à tutela de qualquer interesse coletivo, sendo-lhes autorizada a fuga à pertinência temática. Com relação às organizações sindicais, entidades de classe e associações, essas atuarão como substitutos processuais, podendo agir em defesa a interesses de seus respectivos membros, sem que seja necessária autorização expressa por parte dos mesmos. No entanto, a pertinência temática é requisito essencial ao recebimento da ação, nesse caso. Ainda, há que se destacar que o requisito da pré-constituição, com relação às associações, vem sendo relativizado atualmente, mormente nas situações em que a relevância do caso permite o afastamento de referida condição.

No que concerne à coisa julgada no *writ* coletivo, é necessário, para sua melhor aplicação e interpretação, que se realize um diálogo entre o disposto no artigo 22 da Lei 12.016/09 e os artigos 103 e 104 do Estatuto Consumista.

Assim, através do referido diálogo é possível verificar que, em regra, a coisa julgada no Mandado de Segurança Coletivo será *ultra partes*, e o seu modo de produção será *secudum eventum litis*, bem como que se deve utilizar o disposto no art. 104 do CDC em detrimento do previsto no artigo 22, §1º da Lei 12.016/09.

Resta, pois, evidente que cotejando o disposto na Lei 12.016/09 com os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais perfilados será possível combater a insegurança jurídica que pairava sobre o Mandado de Segurança Coletivo.

## REFERÊNCIAS



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE 196184/AM**. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 01 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 629**. Brasília, DF, 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=629.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 01 abr. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial REsp 821.395/PE**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/59735016>> Acesso em: 02 abr. 2010.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção e "Habeas Data": constituição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. 21 p.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Do mandado de segurança coletivo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. 232 p.

CRUZ PEDROSA DE FIGUEIREDO, Luana *et al.* **Comentários à nova Lei do mandado de segurança: Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: RT, 2009. 322 p.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA SARNO, Paula; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 2. ed. 2. v. Salvador. JusPodivm, 2008. 683 p.

MEDINA GARCIA, José Miguel; DE ARAÚJO CALDAS, Fábio. **Mandado de Segurança Individual e Coletivo Comentários à Lei 12.016 de 7 de agosto de 2009**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009. 242p.

VADEMECUM Verbo Jurídico. 5. ed. São Paulo: Verbo Jurídico, 2010. 1869 p. Contém 1 CD-ROM.



ZANETI JUNIOR, Hermes. Mandado de Segurança Coletivo. In: DIDIER JUNIRO, Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. 4ª Edição. Salvador: Ed. Podivm, 2009. P. 157-210.

