



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM PRÁTICA JUDICIÁRIA

Diana Alcântara de Farias

**O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO COMO INSTRUMENTO
DE GARANTIA DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS**

CAMPINA GRANDE – PB
2014

DIANA ALCÂNTARA DE FARIAS

**MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE
GARANTIA DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS**

Monografia apresentada junto ao Programa de Especialização da Universidade Estadual da Paraíba em convênio com a Escola Superior da Magistratura da Paraíba, como requisito parcial de conclusão do Curso de Pós-graduação em Prática Judiciária.

Orientador: Prof. Ms. Daniel Ferreira de Lira.

CAMPINA GRANDE – PB
2014

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

F224m Farias, Diana Alcântara de.

Mandado de segurança coletivo como instrumento de garantia dos direitos metaindividuais [manuscrito] / Diana Alcântara de Farias. - 2014.

36 p. : il. color.

Digitado.

Monografia (Especialização em Prática Judiciária) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2014.

"Orientação: Prof. Me. Daniel Ferreira Lira, Departamento de Direito".

1. Mandado de segurança. 2. Direitos fundamentais. 3. Direito privado. I. Título.

21. ed. CDD 346

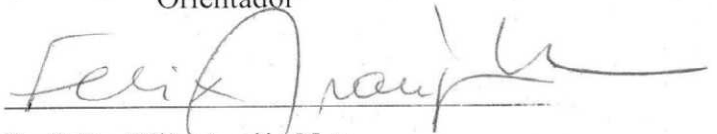
Trabalho de Conclusão de Curso de Pós-graduação *latu senso* em Prática Jurídica, intitulado “O Mandado de Segurança Coletivo com instrumento de Garantia dos Direitos Sociais” apresentado por Diana Alcântara de Farias como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista pela UEPB/ESMA.

APROVADO EM 04 / 06 / 2014

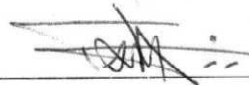
BANCA EXAMINADORA:



Prof. Ms. Daniel Ferreira de Lira
Orientador



Prof. Dr. Félix Araújo Neto



Prof. Ms. Tércio de Sousa Mota

AGRADECIMENTOS

Primeiramente o meu agradecimento é a Deus, por ter me conduzido até aqui e que me iluminou durante todo o período de duração desta especialização.

Agradeço ao meu esposo, Suélio Silva, que com seu amor, me dá apoio, me ajudando a realizar todos os meus e nossos sonhos.

Agradeço a minha filha Maria Eduarda, que tanto sofreu com a minha ausência, mas, com todo o seu carinho, me faz cada vez mais ter força pra lutar por nossos sonhos.

Agradeço a meus pais, Farias e Margarida por tudo desde o dia que nasci até os dias de hoje, por serem os meus alicerces.

Agradeço a minha tia Marinete, minhas primas Patrícia, Renata e Emanuelle, sem elas eu não teria chegado aqui.

Agradeço aos meus sogros Tarcizo e Irene e minha cunhada Suely Silva, sempre presentes e que vibram a cada conquista minha.

Agradeço a minha tia Terezinha, meu saudoso tio Carlinhos e minhas primas Clarice e Jaqueline, por acreditarem sempre em mim.

Agradeço aos meus familiares pela compreensão e auxílio em mais esta etapa da minha vida.

Agradeço aos minhas amigas Clarice Mendes, Cleonice Mendes, Paula Francineth e Karla Fernandes pelo carinho, incentivo e companheirismo.

Agradeço ao meu orientador, prof. Daniel Lira, por todos os valiosos, e pertinentes comentários, pela atenção e acompanhamento à elaboração deste trabalho.

RESUMO

O Mandado de Segurança representa, em termos jurídicos, o principal mecanismo de enfrentamento pelo cidadão das injustiças públicas. Criado em 1934, à semelhança do *juicio de amparo*, promove enfrentamento do cidadão face à arbitrariedade do Estado que seja aflitiva de direito líquido e certo. A presente pesquisa objetiva compreender o Mandado de Segurança Coletivo enquanto instrumento constitucional de proteção aos direitos do homem na perspectiva metaindividual. Existem controvérsias constitucionais a respeito da aplicação e efetivação do Mandado de Segurança Coletivo, notadamente após a publicação da Lei nº 12.016/09, as quais ainda exigem análise acurada, assentada sob premissas de caráter científico. Nesse sentido, a partir de uma metodologia bibliográfica, e de raciocínio lógico-dedutivo, estabelece-se uma pesquisa de caráter explicativo acerca do cabimento, procedimento, legitimidade e das repercussões jurídico-sociais decorrentes da impetração do referido *mandamus* no campo dos direitos metaindividuais.

Palavras-chaves: Mandado de segurança. Direitos Metaindividuais. Procedimento.

ABSTRACT

The injunction represents, in legal terms, the main coping mechanism for citizen public injustices. Created in 1934, like the *juicio de amparo*, promotes citizen engagement against the arbitrariness of the State that is afflictive and liquid law right. The present research aims to understand the Collective writ of mandamus as constitutional instrument of human rights protection in the perspective metaindividual. There are constitutional controversies regarding the implementation and completion of the Collective writ of mandamus, notably after the publication of law No. 12,016/09, which still require accurate analysis, seated under assumptions of scientific character. In this sense, from a literature and methodology of deductive logic reasoning, a search of explanatory character of place, procedure, legitimacy and the legal and social repercussions arising from the issuance of the said mandamus.

Keywords: writ of mandamus. Metaindividual Rights. Procedure.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 PROLEGÔMENOS DO MANDADO DE SEGURANÇA.....	10
2.1 O Mandado de segurança individual e coletivo	11
2.2 O Mandado de segurança repressivo e preventivo	12
2.3 A problemática do Direito Líquido e Certo	13
3. A RITUALÍSTICA DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO	15
3.1 A Legitimidade Ativa no Mandado de Segurança Coletivo.....	17
3.2 O Objeto da tutela coletiva no mandado de Segurança Coletivo.....	19
3.3 A concessão de medidas liminares em Mandado de Segurança Coletivo.....	20
3.4 A suspensão de segurança.....	22
3.5 As particularidades da Sentença e dos Recursos em Sede de Mandado de Segurança.....	25
4 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DIFUSOS ATRAVÉS DO MANDADO DE SEGURANÇA.....	29
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	34
REFERÊNCIAS.....	35

1 INTRODUÇÃO

Após a Revolução Francesa e com o advento do Estado Liberal, operou-se um movimento nas sociedades contemporâneas, principalmente no Ocidente, de ordenação do poder político estatal, assim como de reconhecimento e garantia dos direitos e liberdades dos indivíduos. Nesse sentido, para além das declarações constitucionais, surgiram diversos dispositivos e institutos jurídicos, cujo objetivo era garantir a defesa do indivíduo em face do Estado no campo da tributação, ou no campo das liberdades constitucionais. O *habeas corpus* é um reflexo dessa preocupação pronunciada pós-revoluções burguesas, o qual irradiou-se para todo o ordenamento jurídico ocidental, independentemente da tradição de *commom* ou *civil law*.

Ao lado da declaração dos direitos, a limitação da ação governativa programou-se, também, mediante a separação de poderes, determinando as funções legislativas, executivas e judiciárias como órgãos distintos. A ideia de existência de três espécies de poder em cada Estado foi sustentada por Montesquieu, na sua obra *o Espírito das Leis*. Ademais, o surgimento do Direito Constitucional consubstanciado no direito dos povos livres e no conjunto de instituições regidas por forma representativa, inspirados no liberalismo e na restrição dos poderes do Estado, propiciou um cenário de ascensão da figura do cidadão e , por conseguinte, do seu espectro de proteção. Pode-se afirmar que o constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da chamada constituição moderna (CANOTILHO, 1997, p.52), a qual consagraria fundamentalmente o cidadão como destinatário último de todas as atividade do Estado.

Nesse sentido, no Brasil, o mandado de segurança foi implantado através da Constituição de 1934, tendo sido influenciado pelo *judicio de amparo* mexicano e pelo *judicial review* dos ingleses, para a proteção de direito "certo e incontestável". Após, este foi extinto pela Constituição de 1937 e veio ser garantido, apenas, pela Constituição de 1946, trocando a expressão anterior por direito "líquido e certo". Na vigência da Constituição de 1946, foi editada a Lei nº 1.533/51, que regulamentou a matéria até a edição da Lei nº 12.016/2009.

Com o fim da ditadura militar em 1985, a construção da democracia ganhou força. No auge do processo de redemocratização, promulgou-se a nova Constituição em 1988, trazendo importantes garantias para o cidadão em face do

poder estatal, dentre as quais se destaca o mandado de segurança, utilizado como instrumento de cidadania na sociedade brasileira.

Nesse contexto, o constitucionalismo surgiu como “uma teoria normativa do governo limitado e das garantias individuais” (CANOTILHO, 1997, p.55). Tratava-se, na verdade, de um esforço político na busca de uma técnica específica de limitação de poder do Estado com o objetivo de garantir a segurança do cidadão frente ao poder dos organismos políticos.

Nessa linha, o mandado de segurança surge como um instituto processual de raiz constitucional para proteger direito líquido e certo, quando o responsável pela ilegalidade ou pelo abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

A eficácia do mandado de segurança é uma das principais características dos chamados *writs* e, diante de tal fato, mostra-se necessário o esclarecimento de seu funcionamento nos procedimentos práticos e teóricos no direito brasileiro. A imperatividade desta norma demonstra como devem ser tratados não só os direitos fundamentais do cidadão, mas, também, as decisões judiciais, objetivando-se precipuamente a construção e manutenção do Estado Democrático de Direito.

Diante da celeridade do procedimento e de sua precedência às demais ações, o mandado de segurança se tornou o mais absoluto meio de se acabar com as ilegalidades e abusos de poder cometidos pelos servidores e agentes públicos, bem como pelos particulares que estejam praticando atividades públicas ou no desempenho de funções públicas, sendo utilizado pelos governados, numa plena demonstração de cidadania.

No contexto de constitucionalização das liberdades e do acesso à Justiça como um processo global de cidadania, destaca-se o mandado de segurança como instrumento de ação do cidadão.

Destarte, pretende-se demonstrar como esse instituto constitucional está posto a serviço do efetivo alcance das garantias constitucionais conferidas pelo legislador constitucional. Intenta-se, ademais, ao longo desta pesquisa, verificar o mandado de segurança Coletivo como instrumento de garantia dos direitos sociais, identificando os seus benefícios jurídico-sociais. Para o desenvolvimento da pesquisa, em função do objeto, optou-se por uma pesquisa bibliográfica, qualitativa e explicativa.

2 PROLEGÔMENOS DO MANDADO DE SEGURANÇA

Debruçando-se sobre o texto constitucional brasileiro, percebe-se à altura do artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, então cláusula pétrea, a previsão analítica do Mandado de Segurança no Brasil, *vide*:

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.

Pode-se afirmar que mandado de segurança é o remédio constitucional utilizado para suprir tutela de urgência, em face do poder público, de direito líquido e certo, diante de lesão ou ameaça de lesão. No mesmo sentido constitucional supra, dispõe o artigo 1º da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Vale ressaltar que como o direito tem que ser líquido e certo, durante o processo não há fase probatória e, havendo controvérsia sobre documentos ou matérias que dependam de provas, o pedido é rejeitado. Insta ressaltar que o *habeas corpus* será concedido 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* visa assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, ou para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo. Nesse sentido, ao analisar a previsão constitucional percebe-se o caráter subsidiário do Mandado de Segurança em face do *habeas corpus* e do *habeas data*, o que lhe confere amplíssima aplicação. Cabe mencionar aqui a lição de Hely Lopes Meirelles (1992, p.137) que bem define o mandando de segurança:

O mandado de segurança é ação civil de rito sumário especial, sujeito a normas procedimentais próprias, pelo que só supletivamente lhe são aplicáveis disposições gerais do Código de Processo Civil. Destina-se a coibir atos ilegais de autoridade que lesam direitos subjetivos, 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 - ou seja, pressupõe fatos incontroversos, demonstrados no plano por prova pré-constituída, por não admitir dilação probatória. O prazo para a impetração é de cento e vinte dias do conhecimento oficial do ato a ser impugnado.

Resta claro, portanto, que o mandado de segurança é uma ação judicial residual, pois só será cabível quando direito amparado não envolver os objetos desses outros remédios constitucionais.

2.1 O Mandado de segurança individual e coletivo

O mandado de segurança pode ser individual ou coletivo. A diferença existente entre ambos encontra-se na legitimação ativa e no objeto, uma vez que o legitimado ativo do Mandado de Segurança individual é a própria parte, o detentor do direito líquido e certo. Enquanto que no Mandado de Segurança coletivo os legitimados para impetrar o *writ* são legitimados coletivos, assim autorizados por lei, a saber: partido político com representação no Congresso Nacional, e organização sindical, entidade de classe ou associação, desde que estejam legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Nessa linha, assim preceitua o artigo 21, parágrafo único, da Lei nº 12.016/2009:

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.

Quanto ao objeto, o mandado de segurança coletivo busca proteger direito líquido e certo transindividual de natureza coletiva ou individual homogênea, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*. Portanto, é no campo da

legitimidade ativa e do objeto que residem as diferenças fundamentais entre o Mandado de Segurança Coletivo e o Mandado de Segurança Individual.

2.2 Mandado de segurança repressivo e preventivo

Quanto ao momento de propositura do remédio constitucional, existem dois tipos de mandado de segurança: o repressivo e o preventivo. Aquele diz respeito a reprimir (como a própria palavra já anuncia), atingindo ato de ilegalidade ou abuso de poder já praticado; enquanto o preventivo será utilizado se estiver diante de ameaça de violação de direito líquido e certo do impetrante. Contudo, importante observar o disposto no artigo 7º, §2º, da Lei nº 12.016/2009:

§ 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.

Visando assegurar o objeto e quando a situação assim o permitir, o impetrante poderá solicitar a concessão de liminar, desde que presentes seus pressupostos: *fumus boni juris* e *periculum in mora*. Ademais, há limitações quanto ao uso do Mandado de Segurança para além de sua subsidiariedade em face do *habeas data* ou *habeas corpus*. Há matérias que não são defensáveis por meio deste remédio constitucional, ou pelo que menos que não poderiam ser tuteladas sem sede de liminares, a exemplo da compensação tributária ou do aumento de extensão de vantagens ou pagamentos de qualquer natureza a servidor público, o que decorre do caráter proeminentemente desconstitutivo, ou constitutivo negativo, desse remédio constitucional, em face do viés condenatório. nessa linha, objetivando uma tutela de caráter puramente condenatório deverá o legitimado buscar as vias ordinárias.

2.3 A problemática do Direito Líquido e Certo

O direito líquido e certo é aquele que é demonstrado de plano, apenas com as provas pré-constituídas, ou seja, provas documentais. Por possuir instrução pré-processual, somente prova documental pode acompanhar a petição inicial do Mandado de Segurança. Outros meios de provas utilizados na fase instrutória do processo não são admitidos no *writ*.

O direito líquido e certo, substituindo a denominação dada na legislação anterior de direito certo e incontestável, é aquele que é manifesto na sua existência, delimitando na sua extensão e apto a ser exercitado no momento de sua impetração. Portanto, deve ser expresso em norma legal e informar os requisitos do impetrante. A falta de direito líquido e certo no mandado de segurança acarreta em carência de ação, porém, para o mérito ser solucionado, é preciso que a lide seja concluída em juízo com cumprimento de alguns requisitos básicos; sem esses critérios, o judiciário não poderá dar uma solução para o conflito de interesses.

Questionam-se no judiciário se são possíveis à liquidez e a certeza do direito o pedido de segurança, fazendo com que o impetrante junte novos documentos aos autos. A juntada de documentos em mandado de segurança após a impetração deve ser restritiva, somente para reforçar um direito líquido e certo já preexistente e decorrente de atos cuja entrada foi impetrada. E, com isso, os novos documentos juntados não poderão ser o principal elemento para a concessão da segurança, pois, caso contrário, estaria adulterando a ação mandamental. A principal característica do direito líquido e certo é que precede à ação mandamental.

Se o fato narrado dependeu de um novo ato jurídico para dá-lo liquidez e certeza, portanto, concluímos que inexistia direito líquido e certo no momento da impetração, carecendo o autor do direito de impetrá-la naquele momento. Nestes casos, é mais recomendável que a parte impetrante ingresse com outro tipo, de ação, quer seja uma ordinária, quer seja uma cautelar, onde a dilação probatória é assegurada em lei.

Nessa ordem de ideias, a existência de direito líquido e certo é requisito indispensável à ação mandamental, sendo categoria lógico-jurídica prevista no ordenamento jurídico, como pré-requisito da ação mandamental. Se houver dúvidas quanto à sua existência, se não estiver delimitada a sua extensão e seu exercício

estiver dependente de situações e fatos que estão indeterminados, não é possível aplicar-se a segurança, embora possa ser defendido o direito tutelado por outros meios judiciais que comportam a dilação probatória.

Destarte, direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, e fato certo é aquele capaz de ser comprovado de plano, por documento inequívoco, independentemente de exame técnico ou de dilação probatória. É necessário que o pedido seja apoiado em fatos incontroversos, e não em fatos complexos, que reclamam produção e cortejo de provas. Na inicial, o impetrante deve apresentar prova incontestável, total e clara de suas alegações. Não se admite operar no mandado de segurança com base em suposição que tem como verdadeiros, ou documentos que geram dúvidas, e sendo assim, conduz uma dilação probatória. É dever do impetrante fazer provas pré-constituídas sobre os fatos do seu interesse, não se admitindo qualquer intercessão judicial para obter uma ótima qualidade das provas. E no que tange mandado de segurança coletivo, por ser tratar de interesses coletivos, a dificuldade de provar a certeza e a liquidez dos direitos pode ser maior.

Por outro lado, a complexidade dos fatos, por si só, não exclui o caminho do mandado de segurança, desde que todos se encontrem comprovados de plano. Os conceitos de direito líquido e certo e complexidade dos fatos e do direito não são, necessariamente, adversários.

3 A RITUALÍSTICA DO MANDADO DE SEGURANÇA

Ingressa-se com mandado de Segurança por meio de uma petição inicial, que deve conter todos os requisitos dos artigos. 282 e 283 do Código de Processo Civil. O advogado que entrou com a ação de mandado de segurança terá que deixar duas cópias rubricadas de todos os documentos da inicial, sendo que uma servirá de notificação ao órgão coator. Essas cópias dispensam a autenticação notarial. Se na petição inicial do mandado de segurança faltar algum dos requisitos da lei, o juiz poderá indeferir-la. No artigo 284 do Código de Processo Civil, admite-se que o juiz mande o impetrante emendar a inicial no prazo de 10 dias, sob pena de indeferimento.

De acordo com o artigo 23 da Lei n 12.016/2009, o prazo para impetração do Mandado de Segurança é de 120 (cento e vinte) dias contados da ciência do ato praticado. No entanto, esse prazo só é válido se for de Mandado de Segurança repressivo, uma vez que, sendo este preventivo (caso de ameaça de lesão), o ato ilícito ainda não foi cometido. Portanto, não havendo ato a atacar, o prazo descrito não escoa. A grande maioria da doutrina defende que este prazo é decadencial: uma vez expirado, há a extinção do prazo para impetrar o *writ*, e não a extinção do próprio direito.

Destarte, há ainda certo setor da doutrina que defende que este prazo não é decadencial, mas um prazo extintivo de direito. Por não suspender ou interromper, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que caso o prazo para interposição do Mandado de Segurança encerre em feriado forense ou final de semana, deverá ser prorrogado para o próximo dia útil, ou seja, deixa claro que não poderá ser feito em plantão. Além deste fato, existe uma outra hipótese, na qual o prazo de 120 dias também não é aplicado, qual seja, quando o mandado de segurança for em face de omissões. O fato a ser atacado é inexistente, motivo pelo qual o prazo não corre, pois o que há é uma ausência de ato. Excedendo o prazo estipulado de 120 dias, a parte pode perfeitamente ser amparada com qualquer outro meio ordinário de tutela jurisprudencial.

Exceção a essa regra se verifica quando há prazo fixado em alguma norma para a prática do ato. Encerrado o prazo sem a prática do ato, nesse momento, tem-se a efetiva lesão ao direito.

O vocativo da petição inicial do Mandado de Segurança deverá observar as regras de foro por prerrogativa de função, estabelecidas pela CRFB/88. A competência para processar e julgar o mandado de segurança dependerá da categoria da autoridade coatora e sua sede funcional, sendo definida nas leis infraconstitucionais, bem como na própria Constituição Federal, que determina ao Supremo Tribunal Federal cabe:

a) Processar e julgar, originalmente, o mandado de segurança contra atos do Presidente da República, das mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal (artigo 102, I, “d”);

b) Julgar em recurso ordinário o mandado de segurança decidido em única instância pelos Tribunais Superiores (artigo 102, II. “a”).

Nessa mesma linha, compete ao Superior Tribunal de Justiça:

c) Processar e julgar, originalmente, os mandados de segurança, contra ato de Ministro do Estado ou do próprio Tribunal (artigo 105, I, “b”)

d) Julgar em recurso ordinário, os mandados de segurança decididos, em uma única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e territórios, quando denegatória a decisão (artigo 105, II, “b”)

Também cabe ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originalmente, os mandados de segurança contra ato do próprio tribunal ou do juiz federal (artigo 108, I, “c”). Aliás, essa regra é aplicável a todos os tribunais em sede de mandado de segurança contra ato de seus respectivos membros. Em primeiro grau de jurisdição, a CRFB/88 estabelece que compete aos Juízes Federais processar e julgar os mandados de segurança contra ato de autoridade federal, executados os casos de competência dos Tribunais Federais (artigo 109, VIII).

É necessário dizer que caso exista mais de uma autoridade impetrada e exercendo ela atividades em locais diversos, e ainda, não tratar-se de foro privilegiado, poderá a impetração ter lugar em qualquer dos domicílios funcionais. Caso exista foro privilegiado, deve prevalecer a de maior hierarquia.

3.1 A Legitimidade Ativa no Mandado de Segurança Coletivo

Conforme artigo 5º, inciso LXX da Constituição Federal, o Mandado de Segurança coletivo somente pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical; c) entidade de classe ou; d) associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Por se tratar de ação igualmente de rito especial é que determinadas entidades, enumeradas expressamente na Constituição, podem ajuizar para defesa, não de direitos próprios inerentes a essas entidades, mas de direito líquido e certo de seus membros, ou associados, ocorrendo, no caso, o instituto da substituição processual.

Sobre o instituto da substituição processual, podemos dizer que este foi um progresso trazido na Constituição de 1988. Presente implicitamente no art. 5º, LXX da Carta Magna, ela ocorre quando alguém defende direito alheio em nome próprio. Assim, a substituição processual é a separação entre o titular do direito subjetivo e o exercício da ação judicial.

Isto quer dizer que é a cisão entre o dono do direito a ser defendido e o dono da ação. Nos casos ordinários fundem-se na mesma pessoa o titular do direito e o titular da ação, ou seja, quem move a ação é o dono do direito material (legitimidade normal).

A lei autoriza a pessoa alheia ao direito material, a ingressar em juízo em nome próprio, chamada de legitimação anômala, que, por sua vez, é a substituição processual. Estas entidades descritas no artigo 5º, LXX, da Constituição Federal só poderão impetrar ação mandamental coletiva para a defesa dos direitos líquidos e certos dos seus membros ou da comunidade quando aqueles forem atacados por ato eivado de ilegalidade ou abuso de poder, sendo o responsável autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atividade do Poder Público.

O cerne da questão acerca da substituição processual é a necessidade ou não da expressa autorização dos membros ou associados de que fala o art. 5º, XXI da CF, a impetração do *writ*.

A maioria da doutrina entende que não há necessidade de tal autorização, tendo em vista que as referidas entidades, que possuem legitimidade ativa para a ação mandamental, muitas vezes, vêm a juízo para defender direitos não só de seus

membros, mas também de toda uma categoria, a qual alguns não estão filiados ou associados, sendo assim sem poder dar a devida autorização expressa aos seus órgãos representativos.

O art. 5, LXX, da Constituição Federal prevê a impetração de mandado para a defesa de direitos coletivos difusos, nos casos das associações.

Não existindo um *bis in idem* em relação ao art. 5º, XXI, da Constituição Federal, apenas na medida em que a norma em exame dispensa a autorização dos associados para que a entidade use do mandado de segurança coletivo. Em compensação, a entidade deve estar constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, e, sobretudo só poderá agir em defesa de direitos coletivos de seus integrantes. (FERREIRA FILHO, p.124, 1997).

A jurisprudência ainda não se pacificou quanto a este assunto, visto que o entendimento da mais alta Corte do Brasil, o Supremo Tribunal Federal, em sua maioria é pela desnecessidade da autorização, vejamos:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA. OBJETO A SER PROTEGIDO PELA SEGURANÇA COLETIVA. C.F., art. 5º, LXX, 'b'.

I. A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual.

II. Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inciso XXI do art. 5º da Constituição, que contempla a hipótese de representação.

III. O objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do *writ*, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido na titularidade dos associados e que exista em razão das atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio da classe.

IV. R. E. conhecido e provido.

(RE nº 181.138-1/SP, rel. Min. Carlos Velloso, DJU nº 193, de 04.10.96, pág. 37.111).

Entretanto, as decisões do Superior Tribunal de Justiça, em diversos arestos têm sustentado a necessidade de autorização prévia dos associados, mas não se pode dizer que esse entendimento é pacífico.

3.2 O Objeto da tutela coletiva no mandado de Segurança Coletivo

Não há o que se discutir sobre o fato de que o objeto do mandado de segurança é o ato praticado por autoridade pública ou autoridade no exercício de função típica do poder público, em posição de supremacia. No entanto, o artigo 5º da nova lei de mandado de segurança, em seus incisos, descreve os casos em que não será permitido o uso do *mandamus*. Senão, vejamos:

Artigo 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.

Importante registrar que nem todo ato de pessoa jurídica de direito público será sujeito a Mandado de Segurança, pois o requisito exigido é que o ato praticado seja realizado por pessoa em posição de supremacia, ou praticando abuso de poder.

No que diz respeito ao artigo 5º, inciso I, acima transcrito, não será possível impetrar Mandado de Segurança se for cabível recurso administrativo com efeito suspensivo e sem caução. O fato é que o recurso administrativo suspende os efeitos da decisão, não causando prejuízo para parte, nem mesmo financeiramente, uma vez que se exige a falta de caução.

Ainda, o impetrante pode se abster do recurso administrativo e ingressar prontamente com o *mandamus*, garantindo seu acesso à justiça, isso segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Há o afastamento da exigência do esgotamento da esfera administrativa. Destarte, somente não será cabível o Mandado de Segurança se esse recurso administrativo já tiver sido interposto.

Quanto ao inciso II, o qual prevê que não caberá Mandado de segurança em face de atos judiciais passíveis de recurso com efeito suspensivo, este é interpretado de forma que havendo meio hábil na lei processual para afastar os prejuízos para o indivíduo, não caberá Mandado de Segurança.

Nesse sentido, faz-se mister esclarecer que o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de que não cabe Mandado de Segurança em face de decisões interlocutórias dos juizados, uma vez que o sistema recursal dos juizados é próprio, previsto de maneira específica.

No entanto, de acordo com a Súmula nº 376 do Superior Tribunal de Justiça: “Compete à turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial”. Ou seja, os juizados especiais têm a competência de julgar Mandado de Segurança contra seus próprios atos.

Finalmente, o inciso III, que diz que não se concederá mandado de segurança em caso de decisão transitada em julgado, absorveu o conteúdo da Súmula nº 268 do Supremo Tribunal Federal.

Esta proibição é clara, pois existe ação própria para atacar decisões transitadas em julgado, que é a ação rescisória. Desta forma, é inaceitável que o Mandado de Segurança seja utilizado para substituir esta ação.

Entretanto, um fato interessante ocorre no caso dos juizados especiais. Acontece que o artigo 59 da Lei nº 9099/1995, veda a ação rescisória nos juizados especiais. Assim, não havendo outro dispositivo hábil para atacar a decisão, deve-se admitir o mandado de segurança nesses casos.

Foi por este motivo que o Superior Tribunal de Justiça, em 2009, admitiu o cabimento de Mandado de Segurança em face de decisão transitada em julgado dos juizados especiais. Era um caso de decisão transitada em julgado proferida por juiz absolutamente incompetente.

3.3 A concessão de medidas liminares em Mandado de Segurança Coletivo

Muitas vezes, para evitar o fim do objeto, o impetrante poderá solicitar concessão de Liminar, se houver fundamento relevante (*fumus boni iuris*) e risco de ineficácia de medida (*periculum in mora*). Nesse caso, é possível ao juiz suspender o ato que deu motivo ao Mandado de Segurança, de acordo com o artigo 7º, III da Lei n. 12.016/09.

Conforme o artigo 798 do Código de Processo Civil, o Mandado de Segurança não julga apenas a suspensão do ato impugnado, mas o magistrado possui poder para permitir/conceder medidas cautelares independente de previsão legal, ou seja, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

No artigo 7º, III, da Lei nº 12.016/09, é prevista a possibilidade do magistrado conceder liminar em favor do impetrante quando houver um motivo importante ao ato impugnado, e na inicial que o requerente tem a oportunidade de convencer o juiz de que o ato coator é realmente ilegal.

A Ordem dos Advogados do Brasil levantou a inconstitucionalidade da contracautela, entretanto, à tese sustentada não merece acolhimento, tendo em conta que a contracautela nas medidas de urgência é uma forma de permitir um equilíbrio de interesse entre o autor e o réu.

Já o artigo 804 do Código do Processo Civil, antever a contracautela que constitui forma de evitar prejuízos da decisão proferida sem uma avaliação profunda de fatos e provas.

De acordo com diversos pretendentes do Supremo Tribunal Federal, são possíveis algumas vedações à concessão de liminares em Mandado de Segurança. A mera proibição à liminar não enseja óbice à prestação jurisdicional, já que o Supremo Tribunal Federal admite que, no caso concreto, tais vedações sejam excepcionalmente afastadas.

Merece destaque, também, o artigo 7º, § 3º, da Lei 12.016/09, que estabelece que os efeitos da medida liminar persistam até a prolação da sentença de mérito, salvo se houver revogação ou cassação. Mas, em se tratando de liminar em Mandado de Segurança Coletivo esta não poderá ser inaudita altera parte, devendo-se ouvir a autoridade coatora antes.

A medida liminar normalmente é concedida com base em cognição mais superficial do que a sentença, e o juiz pode, em especial, após as informações prestadas pela autoridade coatora, rever seu posicionamento sumário, revogando ou cassando a liminar concedida. Sendo a cognição da sentença mais profunda, a liminar não pode continuar produzindo efeitos com o advento daquela.

Já o artigo 14 da Lei nº 12.016/09 antevê que a apelação não possui efeito suspensivo, podendo a sentença ser executada provisoriamente, e nos casos que a liminar é vedada, a decisão não pode ser executada provisoriamente.

Inobstante, nos casos em que a liminar é vedada, a apelação pode ser recebida com efeito suspensivo, ou seja, a decisão não pode ser executada provisoriamente.

Nesse mesmo contexto, discute-se se, estando pendente agravo de instrumento em face de decisão interlocutória que concede a medida liminar, o

advento da sentença enseja a perda do objeto do agravo ou o mesmo deve ter seu mérito julgado.

O Superior Tribunal de Justiça, tradicionalmente, dizia que esse agravo perde o objeto. Isso porque a liminar, com o advento da sentença, deixa de produzir efeitos. Nesse caso, entendia o Superior Tribunal de Justiça que se deveria adotar o critério da cognição.

Em 2010, porém, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça definiu que esse agravo de instrumento pode vir a não perder seu objeto com o advento da sentença, em dadas hipóteses. Foi analisada uma hipótese em que se tinha um agravo em face de decisão concessiva de antecipação de tutela e no qual a sentença foi de procedência do pedido.

De acordo com o artigo 273, §3º, do Código de Processo Civil, a antecipação de tutela pode ser executada provisoriamente (artigo 475-O, artigo 461 e artigo 461-A do Código de Processo Civil). No caso concreto analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, foi estabelecida uma multa pelo advento da tutela antecipada.

Consoante defluiu do julgado mencionado, o agravante eventualmente terá interesse no julgamento do agravo interposto, porque, pode ser necessário, por exemplo, mostrar que não estão presentes os requisitos da tutela antecipada e, dessa forma, desconstituir eventual multa coercitiva imposta.

Logo, hodiernamente, mitigando seu antigo posicionamento, o Superior Tribunal de Justiça entende que, em hipóteses excepcionais, pode ser que, embora tenha sido prolatada a sentença, o agravo de instrumento não perca seu objeto.

3.4 A suspensão de Segurança

Suspensão de Segurança é uma norma dada ao Poder Público na defesa do esforço coletivo, ou seja, visa sustar os efeitos decorrentes de decisões liminares ou definitivas que deferem a segurança, contra o poder Público ou seus agentes, no acontecimento de certo empenho público, ou que se opõe aos preceitos da lei e do direito, para impedir séria lesão à economia pública, à ordem, à segurança e à saúde.

Cabe ao presidente do Tribunal julgar todas as condições essenciais para se avaliar lesões causadas por decisões judiciais à sociedade, que deve estar em anuência com a lei do Tribunal, através de despacho fundamentado.

Essa norma nasceu perpetuada ao mandado de segurança, mas atualmente é sobreposto, por seguintes ações e outros procedimentos que tem o propósito de tutelar o interesse público e que discorrem sobre suposição em que ofereça preocupação de urgência contra a Fazenda Pública, ou em situações que a sentença tenha resultado imediato, por ser impugnada por recursos desprovidos de efeito suspensivo. No que tange o art. 4º da Lei nº 4.348/64, que assim dispõe:

Art. 4º. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, o presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso (vetado) suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 10 (dez) dias, contados da publicação do ato

Desta forma, o valimento da suspensão de segurança é lei, satisfazendo que se confirmem os pressupostos solicitados no artigo supramencionado. Portanto, tendo em vista a necessidade de estabelecer regras procedimentais para os processos da competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é que a Lei nº 8.038/90 antever no artigo 25 o pedido de suspensão de segurança na esfera dessas Cortes de Justiça.

O artigo 4º da Lei nº 4.348/94 c/c os dispositivos reguladores da matéria, será o fundamento para o pedido de suspensão da liminar e da sentença, na presença dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais. Enquanto que, o artigo 25 da Lei nº 8.038/90 c/c os dispositivos pertencentes dos regimentos internos, será o principio do pedido de suspensão na presença do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

A teoria é serena ao declarar que a suspensão de segurança não tem natureza recursal. Muito bem colocado, vejamos as palavras de Plácido Silva (2000, p.162):

Na terminologia jurídica cautela, possui o significado de precaução. É assim, a justa reavencão ou a ponderada diligência, que se emprega para a execução do ato, de modo que ele se faça sem que se possa trazer contrariedade a quem faz ou a quem o mesmo possa aproveitar.

Porem, entendemos que contracautela é deferido ao presidente do tribunal que suspende uma tutela provisória ou definitiva, desde que preencham os requisitos fundamentais. Esse tem sido o entendimento e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Suspensão de segurança: natureza cautelar e pressuposto de viabilidade do recurso cabível contra a decisão concessiva da ordem. A suspensão de segurança, concedida liminar ou definitivamente, é contracautela que visa à salvaguarda da eficácia plena do recurso que contra ela se possa manifestar, quando a execução imediata da decisão, posto que provisória, sujeita a riscos graves de lesão interesses públicos privilegiados – a ordem, a saúde, a segurança e a economia pública: sendo medida cautelar, não há regra nem princípio segundo os quais a suspensão da segurança devesse dispensar o pressuposto do *fumus boni juris* que, no particular se substantiva na probabilidade de que, mediante o futuro provimento do recurso, venha a prevalecer à resistência oposta pela entidade estatal à pretensão do impetrante. (...)” (STF – AGRSS 846-DF, REL.MIN.Sepúlveda Pertence – in D.J. de 08.11.96)

Bem como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pela natureza de contracautela:

AGRAVO REGIMENTAL. FUNDAMENTO INATACADO. PRINCÍPIO DA SÚMULA 126. NATUREZA JURÍDICA DA SUSPENSÃO. Assentando-se a decisão recorrida em mais de um fundamento suficiente, a impugnação parcial conduz ao trânsito em julgado do fundamento irrecorrido, consoante princípio cristalizado no enunciado n. 126 da Súmula /STJ. A suspensão liminar, diferentemente do sistema recursal (que objetiva o acerto da controvérsia), tem natureza jurídica de contracautela, cujo exercício depende da constatação da presença de risco de grave lesão à ordem, segurança, economia e saúde públicas. Reconhecimento da presença dos pressupostos autorizadores da drástica medida não elidido pela impugnação recursal. Agravo desprovido.” (STJ – AGP 1.165-PR, Rel.: Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO – in D.J. de 29.05.00).

É necessário salientar, que é de competência absoluta e exclusiva do presidente do tribunal considerar o pedido de suspensão de segurança. Se a causa constar sobre matéria inconstitucional caberá ao Superior Tribunal de Justiça julgar. E caberá ao Supremo Tribunal Federal apreciar o pedido de suspensão de segurança, por força do artigo 25 da Lei 8.038/90.

3.5 As particularidades da Sentença e dos Recursos em Sede de Mandado de Segurança

Quando a petição inicial não for indeferida ou não atender a todos os critérios formais da lei, a sentença poderá ser de carência ou de mérito. Será de mérito quando o direito for invocado. Já a carência ocorre quando o impetrante não satisfaz os pressupostos processuais e as condições de agir, previstos no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

Ressalta-se ainda, que a sentença do *writ* só produz efeitos a partir do ajuizamento, consoante Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal:

Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamada administrativamente ou pela via judicial própria.

A Execução da sentença concessiva da segurança é imediata, específica ou *in natura*, isto é, mediante o cumprimento determinado pelo juiz. O não cumprimento do mandado judicial caracteriza o crime de desobediência à ordem legal (Código Penal, artigo 330) e por ele responde o impetrado, sujeitando-se até mesmo à prisão em flagrante.

Não se faz mister a expedição de carta de sentença ou da prestação de caução para a execução provisória da sentença, em face do rito especial desta ação. De regra, todas as sentenças concessivas de segurança podem ser executadas provisoriamente, uma vez que os recursos interpostos não têm efeito suspensivo.

No tocante aos recursos em sede de mandando de segurança, tem-se a apelação contra sentença que negue ou conceda segurança (artigo 12, Lei 1533/51), tendo efeito apenas devolutivo, podendo a sentença que conceder ficar sujeita ao duplo grau de jurisdição; Ademais, há remessa necessária, quando se conceder o mandado decorrente do artigo 12, parágrafo único da já referida lei, onde a sentença que conceder o mandado de segurança fica sujeito ao duplo grau de jurisdição podendo ser executada provisoriamente; O Agravo regimental será cabível em face de despacho do presidente do tribunal que suspender a execução da sentença ou cassar a liminar, conforme previsto no artigo 19 da Lei 1533/51. Ademais, admitem-se os recursos de índole constitucional, a saber: o Recurso extraordinário nas

hipóteses do artigo 102, III da Constituição Federal, o Recurso Especial e o Recurso Ordinário contra denegatória, em única instância, dos tribunais superiores, nos termos do artigo 102, II, “a” da Constituição Federal.

Ademais, cabe Mandado de Segurança para todo ato que não se indique o efeito de recurso hierárquico. O efeito normal dos recursos administrativo é o devolutivo: o efeito suspensivo depende da norma expressa a seu respeito, mas a lei admite, ainda, mandado de segurança contra ato que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo desde que exija caução para seu recebimento.

É excluído do mandado de segurança a decisão judicial ou despacho contra o qual caiba recurso específica apto a impedir a ilegalidade, ou admita reclamação correcional eficaz. Se o recurso ou a correição admissível não tiver efeito suspensivo do ato judicial impugnado, é cabível a impetração para resguardo do direito lesado ou ameaçado de lesão. Generalizou-se o uso do mandado de segurança para dar efeito suspensivo aos recursos que não o tenha, desde que interposto o recurso normal cabível.

O artigo 6º, §6º, da Lei 12.016/09 estabelece que o pedido formulado em mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a sentença denegatória não houver apreciado o mérito. Ainda o artigo 6º, inciso V, se refere à extinção do mandado de segurança sem resolução do mérito.

Existem dois tipos de coisa julgada, que se subdividem em: coisa julgada formal e coisa julgada material. A coisa julgada formal é quando a sentença transita formalmente em julgado sem interposição de recurso, e que não pode ser mais alterada no mesmo processo, pois o mesmo se extinguiu, ou seja, a sentença produz coisa julgada formal desde o momento que se toma irrecurável. Já na Coisa julgada material, o juiz aprecia o pedido com resolução do mérito, decidindo de forma definitiva e imutável. E para que se produza coisa julgada material é preciso que o conteúdo da sentença não possa ser desprezado ou modificado nesse ou em outro processo.

O Artigo 6º, §5º, da Lei nº 12.016/09, prevê a denegação de segurança nos casos do artigo 267 do Código de Processo Civil (hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito). Assim, as decisões terminativas proferidas em sede de Mandado de Segurança são denegatórias da segurança. Tais decisões, por óbvio, não formam coisa julgada material, já que não apreciam o mérito, e autorizam a renovação da impetração, nos termos do artigo 6º, §6º, da Lei de Regência.

Sobre a decisão denegatória em decorrência de inexistência de liquidez e certeza do direito, nossa doutrina diverge sobre ser a prova de direito líquido e certo um pressuposto processual específico do Mandado de Segurança ou condição específica da ação. Adotando-se qualquer uma das posições, não haverá formação de coisa julgada, sendo possível que o requerente proponha, em caso de insucesso na sua postulação, ação pelo procedimento comum. Tem-se, nesse caso, mera inadequação do procedimento escolhido, ante a necessidade de dilação probatória para apreciação da existência do direito alegado. Já em relação à ausência do próprio direito do impetrante, nesse caso, é apreciada a questão de direito e há formação de coisa julgada material.

Questiona-se se seria possível ao impetrante desistir do Mandado de Segurança após a apelação em face de sentença denegatória da segurança.

Em resposta, busca-se no Código de Processo Civil a regra geral de desistência trazida pelo artigo 264, §4º, do CPC, o qual prevê que a desistência da ação, decorrido o prazo para a resposta, depende da concordância do réu. Isso porque, decorrido o prazo para resposta, pode haver interesse do réu na formação de coisa julgada material.

Nossos Tribunais Superiores entendem que, em sede de Mandado de Segurança, não se pode aplicar essa regra, sendo livre a desistência do impetrante a qualquer tempo. Isso porque o Mandado de Segurança visa a obter uma tutela em face de ato de autoridade, razão pela qual não haveria aqui direito subjetivo da Fazenda Pública à coisa julgada material no Mandado de Segurança.

Todavia, esse raciocínio não é o mais adequado. Um acórdão concessivo da segurança pode gerar consequências patrimoniais para a Fazenda Pública. Logo, não se pode dizer que não há interesses da Fazenda em jogo. Esta pode sim ter interesse numa decisão de mérito contrária ao autor.

Em sede recursal, caso a sentença denegatória tenha apreciado o mérito, admitir-se-á desistência da impetração representa uma forma de fraude à coisa julgada. Parece-nos, dessa forma, que é, sim, necessária a concordância da Fazenda. Até mesmo no caso de ter sido concedida sentença denegatória que não analisa o mérito, deve-se exigir essa concordância, a fim de salvaguardar a Fazenda de eventual renovação do pedido.

Por fim, supondo que o impetrante de um Mandado de Segurança venha a ingressar com outra ação de procedimento comum contendo o mesmo pedido,

questiona-se se há litispendência ou coisa julgada material com o Mandado de Segurança impetrado anteriormente.

As Súmulas Supremo Tribunal Federal nº 269 e 271 dizem que a ação de Mandado de Segurança não é substitutiva da ação de cobrança: isso porque a decisão de Mandado de Segurança somente pode produzir efeitos patrimoniais para período superveniente à sua impetração. Logo, a sentença concessiva da segurança não pode gerar execução em face de débitos anteriores.

Esse raciocínio foi incorporado pelo artigo 14, §4º, da Lei nº 12.016/09. Sem tal limitação, ninguém iria propor ações de conhecimento em face da Fazenda.

Se já tiver havido o trânsito em julgado da decisão concessiva da segurança, pode-se falar em coisa julgada material, já que as partes, pedido e causa de pedir são os mesmos. E o próprio Superior Tribunal de Justiça já reconheceu, ser possível a ocorrência de litispendência entre o Mandado de Segurança e a ação de procedimento comum que tenha os mesmos elementos.

Todavia, pode ser que haja apenas litispendência ou coisa julgada parciais. Isso porque a ação de procedimento comum gera efeitos patrimoniais pretéritos, nos limites do prazo prescricional.

Destarte, como o Mandado de Segurança apenas produz efeitos a partir da impetração, não há que se falar em coisa julgada ou litispendência no que concerne aos efeitos pretéritos.

4 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DIFUSOS ATRAVÉS DO MANDADO DE SEGURANÇA

A nova lei do mandado de segurança, nº 12.016/2009, teve sua modificação principal no acréscimo da regulamentação do mandado de segurança coletivo, uma vez que este havia permanecido sem previsão legal desde sua implantação na Constituição Federal de 1988. De acordo com o artigo 21 da Lei nº 12.016/2009, *in verbis*:

[...] 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.

Neste momento, necessário se faz o esclarecimento e delimitação das três espécies de direitos transindividuais descritos no artigo acima citado, para depois adentrar, especificamente, na proteção dos direitos difusos pelo *mandamus*. Segundo o ensinamento de Nelson Nery Junior (2012) é o tipo de pretensão material e de tutela jurisdicional que se procura obter através do ajuizamento da ação coletiva que classifica um direito como difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Ressalte-se que a diferenciação entre as três categorias de direitos transindividuais é relevante, pois influi nos regimes de legitimação e da extensão subjetiva da coisa julgada. No entanto, é corriqueiro que em determinado caso concreto seja difícil diferenciar a espécie de direito invocado, existindo a possibilidade de haver certa confusão entre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Aqui é que se precisa da total atenção dos operadores do direito (advogados, juízes) para evitar que tais fatos ocorram. De acordo com o disposto no artigo 81, parágrafo único, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor:

Artigo 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: [...] II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Podem-se concluir dois fatos. O primeiro é que, segundo o Código de Defesa do Consumidor, os direitos coletivos são aqueles que possuem natureza indivisível e seus titulares são determinados ou determináveis, ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

O segundo é que a Lei 12.016/2009, em seu artigo 21, repete essa definição, deixando claro que o Código de Defesa do consumidor foi utilizado como inspiração para a composição do tema na nova lei. A principal característica do direito coletivo é sua natureza de indivisibilidade, uma vez que esse direito não pertence a ninguém particularmente, mas a todos em conjunto e simultaneamente.

Desta forma, os direitos coletivos são reconhecidos como aqueles que pertencem aos grupos, classes ou categorias de pessoas. Podem-se citar como exemplo os direitos dos condôminos de um edifício, os direitos dos alunos de uma escola, dos signatários de um contrato de adesão, dos acionistas de uma sociedade, dos contribuintes de determinado imposto, etc.

De acordo com o entendimento da já citada escritora Anna Luiza Buchalla Martinez (2012, p.02):

Importante grifar que a relação jurídica base deve ser preexistente à lesão ou ameaça de lesão ao direito do grupo, categoria ou classe de pessoas. Portanto, não há que se falar em direito coletivo se a relação jurídica dos titulares nasceu com a ocorrência da lesão, como, por exemplo, no caso de publicidade enganosa. Neste caso, se está diante de um direito difuso.

Diante de sua natureza de indivisibilidade, os direitos e interesses coletivos, mesmo quando encontrarem-se pouco organizados, apresentam tal identidade, que passam a formar uma só unidade, tornando-se perfeitamente viável sua proteção no plano jurisdicional.

Já no pertinente aos direitos individuais homogêneos, assim preceitua o artigo 91 do Código de Defesa do Consumidor:

Os legitimados de que trata o artigo 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.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor define os direitos individuais homogêneos como sendo aqueles decorrentes de origem comum. Tais direitos possuem objeto divisível e seus titulares são pessoas determinadas ou determináveis que compartilham prejuízos oriundos das mesmas circunstâncias de fato. A Lei nº 12.016/2009, ao qualificar os direitos individuais homogêneos, acrescenta ao conceito trazido pelo Código de Defesa do Consumidor a expressão “decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante”, adaptando a definição para o mandado de segurança coletivo impetrado por organização sindical, entidade de classe ou associação e reforçando a adoção do entendimento contido na Súmula nº 630 do Supremo Tribunal Federal (“A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”).

J. E. Carreira Alvim (2012, p.47) afirma, ao prestar análise sobre o artigo 21, inciso II, do parágrafo único da Lei 12.016/2009, que:

[...] Para fins de mandado de segurança coletivo, em defesa de direito individual homogêneo, além da origem comum do direito, deve também a sua defesa resultar da atividade da entidade impetrante, ou da situação específica da totalidade dos seus membros ou associados, ou de apenas parte deles. Trata o inc. II do parágrafo único do art. 21 de situações jurídicas distintas, mas que, na prática, se identificam porque a atividade da impetrante condiciona a situação específica dos membros ou associados, e a situação específica destes é compatível com a atividade daquela. Assim, uma Associação de Pais e Mestres só pode ter como membros os pais de alunos e professores, e por objetivo a defesa dos seus interesses, que constitui o objetivo da sua atividade, só podendo defender coletivamente os interesses que se liguem às atividades de ensino e pesquisa. Assim, pode a Associação discutir grade curricular, carga horária, preço de mensalidades, salário de professores e tudo o mais eu se relacione com a atividade educacional, e, correlatamente, todos os objetivos constantes dos seus atos constitutivos ou estatutários [...]

Diante de tais informações pode-se concluir que os direitos individuais homogêneos são direitos subjetivos individuais, podendo ser, inclusive, protegidos pela ação individual. Entretanto, em virtude da dimensão subjetiva ampla e do apelo social destacado, são tratados processualmente de forma coletiva, de modo a evitar o ajuizamento de diversas ações sobre o mesmo objeto. Há autores que chamam o direito individual homogêneo de “litígios acidentalmente coletivos”, devido a sua natureza de divisibilidade. Outro, afirma sê-lo apenas acidentalmente coletivo, uma vez que em sua essência é individual. Por fim, é considerado coletivo apenas para efeito de sua defesa em juízo.

No entanto, no tocante aos direitos difusos há uma questão problemática, pois a redação da lei 12.016/09, ao contemplar as hipóteses de Mandado de Segurança Coletivo não aduziu aos direitos difusos. De acordo com a definição contida no Código de Defesa do Consumidor, interesses ou direitos difusos são aqueles que possuem objeto indivisível e que têm como titulares sujeitos indeterminados, ligados por circunstâncias de fato, *in verbis*:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

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

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

Os direitos difusos possuem natureza indivisível e os titulares deste direito são indeterminados. Pode-se citar como o exemplo o direito ao meio ambiente equilibrado e a proteção contra a publicidade enganosa, nos quais percebe-se naturalmente a sua indivisibilidade tanto quanto ao direito propriamente dito, quanto às partes envolvidas. Estas encontram-se conectadas entre si por força de circunstâncias fáticas e não em razão de uma relação jurídica.

Mesmo sem regulamentação própria, mas já disciplinado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXX, o mandado de segurança coletivo vem sendo usado desde então, exigindo dos doutrinadores do direito e jurisprudência grande esforço para a sua aplicabilidade, haja vista a falta de lei específica para regular seus contornos.

O grande problema encontrado reside na falta de possibilidade de impetrar o *writ* na defesa dos direitos difusos. Acontece que mesmo antes de o legislador publicar a Lei nº 12.016/2009, já era pacífico o entendimento entre doutrina e jurisprudência da possibilidade da tutela de direitos difusos através do mandado de segurança coletivo.

Indo de encontro a esse posicionamento, que é majoritário, o legislador infraconstitucional adotou uma postura mais limitativa ao retirar os direitos difusos do parágrafo único, do artigo 21, da Lei 12.016/2009, vetando a possibilidade de defesa a essa espécie de direito transindividual pelo mandado de segurança.

Dando continuidade a esse pensamento, a doutrina majoritária se mostra desfavorável a essa posição tomada quando da criação da “nova lei do mandado de segurança”. Senão, vejamos como bem disciplina a autora Anna Luiza Buchalla Martinez (2012, p.04):

A doutrina majoritária critica a exclusão dos direitos difusos na redação do parágrafo único do art. 21 da Lei nº 12.016/2009 e afirma que a omissão do legislador infraconstitucional não impede a defesa desta espécie de direito transindividual via mandado de segurança coletivo, já que os únicos requisitos para a utilização deste instrumento constitucional processual, previstos no inciso LXIX do art. 5º da Constituição Federal, são a liquidez e certeza do direito tutelado e que este direito não seja amparável por habeas corpus ou habeas data. Ademais, por se tratar de ação prevista em norma constitucional, constituindo uma garantia fundamental, sua interpretação deve se dar de forma a conceder a maior amplitude e efetividade possível a este instituto.

Desta feita, há que ser feita uma interpretação conforme a Constituição Federal, pois, sendo a lei maior, já admite a impetração do *mandamus* em face de defesa tutelada em prol de direitos difusos.

“Em razão do acesso à justiça, não deve haver limitações ou restrições ao uso de ações coletivas. Sempre que um direito transindividual for ameaçado ou lesado será cabível a ação coletiva. A garantia de acesso à justiça marca o processo coletivo, valendo dizer que o mandado de segurança coletivo afigura-se cabível para defesa de qualquer direito coletivo, seja ele difuso, coletivo ou individual homogêneo”, diz sabiamente o autor Leonardo Carneiro da Cunha (2012, p.124).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após percorrer este caminho ao discutir sobre tema de tamanha seriedade, percebe-se a grandiosidade do assunto abordado, uma vez que o mandado de segurança é, na verdade, um remédio constitucional, com o qual a população em geral pode contar. Afinal, a principal finalidade do mandado de segurança é proteger “direito líquido e certo”.

A respeito da expressão “direito líquido e certo”, pode-se afirmar que esta é muito forte, pois quando uma parte impetra o *writ* ela tem a certeza de que está defendendo algo que é certo, que é seu direito. Adentrando na seara dos direitos difusos, que tiveram sua aplicação cerceada no mandado de segurança coletivo, a conclusão a qual se chega é que não há como restringir a utilização do mandado de segurança coletivo para a defesa destes, pois estamos diante de uma garantia fundamental que deve ser interpretada sempre no sentido de se conferir sua máxima efetividade.

Ademais, não pode o legislador ordinário criar limitações onde a Constituição Federal não o fez, ressaltando, ainda, que o parágrafo único do art. 21 da Lei nº 12.016/2009 viola o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal, que garante a prestação jurisdicional adequada e efetiva para qualquer lesão ou ameaça a direito.

Porém, é importante deixar consignado que tramita no Senado Federal o Projeto de Lei do Senado nº 222/2010 de autoria do Senador Valter Pereira que prevê a proteção dos direitos difusos via mandado de segurança coletivo no art. 21, § 1º, inc. I da lei nº 12.016/2009.

Contudo, o mandado de segurança, trata-se sem dúvida, de um instrumento normativo criado para a finalidade de proteger os direitos individuais, não amparados por *habeas corpus* nem *habeas data*, em consequência de uma ação ou omissão provinda de uma autoridade, praticado com ilegalidade ou abuso de poder, esse é o melhor “remédio constitucional”, que uma sociedade justa e democrática poderia ter o denominado mandado de segurança.

Após todos estes levantamentos descritos neste trabalho, fica o desejo de ter contribuído de alguma forma esclarecer as dúvidas dos leitores quanto ao trâmite do mandado de Segurança Coletivo.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce(coord.) **Dicionário Jurídico**. 6.ed. São Paulo: Rideel, 2002.

ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. Coisa Julgada no Mandado de Segurança Coletivo e a Lei n. 12.016/2009. In: MOREIRA, Alberto Carmiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coords.). **Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Código de Proteção e Defesa do Consumidor: Lei nº 8.078 publicada em 11 de setembro de 1990. Brasília: Senado Federal.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Publicada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Congresso Nacional.

_____.Lei nº 12.016 publicada em 12 de outubro de 2009. Brasília: Câmara dos Deputados.

CAMPOS, Adriana Pereira; LARANJA, Kátia Toríbio Laghi. Mandado de Segurança. A história do Mandado de Segurança. Revista Agora, Vitória, nº2, 2005, p. 1 – 32. Disponível em: <http://www.ufes.br/ppghis/agora/Documentos/Revista_2_PDFs/KI%C3%ADtia%20T or%C3%ADbio.pdf>. Acesso em: 23 abril 2013.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 9ª ed., rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2011.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. v. 1º, arts. 1º a 103, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FLORIANO, Eduardo de Souza. A nova Lei do Mandado de Segurança. Comentários e quadro comparativo (Lei nº 12.016/09 x Lei nº 1.533/51). Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2240, 19 ago. 2009 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13352>>. Acesso em: 24 abril 2013.

GOMES, William Akerman. Mandado de segurança. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3146, 11 fev. 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21060>>. Acesso em: 26 abril 2013.

SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 162.

MACEDO, Lorena Neves; SANTOS JÚNIOR, Fernando Lucena Pereira dos. Mudanças no mandado de segurança. Análise da nova lei, artigo por artigo, com base na doutrina e na jurisprudência. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2553, 28 jun. 2010 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15105>>. Acesso em: 24 abril 2013.

MARTINEZ, Anna Luiza Buchalla. A possibilidade de defesa dos direitos difusos através do mandado de segurança coletivo. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3203, 8 abr. 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21457>>. Acesso em: 26 abril2013.

RIBEIRO, Kepler Gomes. Direito líquido e certo no mandado de segurança. Natureza jurídica e efeitos da sentença que reconhece sua inexistência. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3318>>. Acesso em: 24 abril 2013..