

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

MARTA MARIA GOMES SILVA

**MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO:
LEGITIMIDADE ATIVA E SUA OPERACIONALIZAÇÃO**

**RIBEIRÃO PRETO
2008**

MARTA MARIA GOMES SILVA

**MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO:
LEGITIMIDADE ATIVA E SUA OPERACIONALIZAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, subárea de concentração Direitos Coletivos, Função Social do Direito e Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Lucas de Souza Lehfeld

RIBEIRÃO PRETO

2008

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

S586m Silva, Marta Maria Gomes, 1983 -
Mandado de segurança coletivo: legitimidade ativa e sua
operacionalização / Marta Maria Gomes Silva. - - Ribeirão
Preto, 2008.
173 f.

Orientador: Prof. Dr. Lucas de Souza Lehfeld.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,
UNAERP, Direito, área de concentração: Direitos coletivos,
Cidadania e Função social do direito. Ribeirão Preto, 2008.

1. Direito. 2. Direito coletivo. 3. Legitimidade – Direito.
4. Mandado de segurança. 5. Ministério Público. I. Título.

CDD: 340

Autor: Marta Maria Gomes Silva

**Título: MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO: LEGITIMIDADE ATIVA E SUA
OPERACIONALIZAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em
Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP,
como requisito parcial para obtenção do título de Mestre
em Direito, subárea de concentração Direitos Coletivos,
Função Social do Direito e Cidadania.

Área de Concentração: Direitos Coletivos, Cidadania e Função Social do Direito.

Data da defesa: 28 de Juno de 2008

Resultado: Aprovada

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Lucas de Souza Lehfeld
Universidade de Ribeirão Preto

Prof. Dr. Juventino de Castro Aguado
Universidade de Ribeirão Preto

Prof. Dr. Rui de Carvalho Piva
Faculdade de Direito de Bauru

DEDICATÓRIA

Em primeiro lugar, imprescindivelmente, ao Deus onipotente e onipresente de Abraão, Isaac e Jacó, que por meio da força do Espírito Santo nos enviou seu filho amado, Jesus Cristo, para a salvação de todos.

Aos meus pais, Aloysio e Claudete, por tudo o que representam para mim e em minha vida. Afinal, é preciso ter raízes para voar...

À memória de meus queridos avôs, D. Sebastiana, Gustavo e Aparecida que, infelizmente não puderam estar ao meu lado durante esta fase de minha carreira.

AGRADECIMENTOS

Ao Mestre dos Mestres: Jesus, minha luz espiritual, meu amparo, minha fortaleza e minha esperança constantes do nascer ao pôr-do-sol, pois “o Senhor é quem dá a sabedoria e de sua boca vêm o conhecimento e o entendimento”. (Pr. 2, 6). Agradeço por ter reanimado minhas forças, nos momentos difíceis e atribulados desta caminhada, e por ter concedido as bênçãos necessárias para que eu chegasse até aqui.

Aos meus pais, que sempre me orientaram com muito amor, carinho, dedicação e fé a fim de que conseguisse realizar todas as minhas aspirações; que me deram a oportunidade de crescer, por intermédio do conhecimento, que só os estudos podem proporcionar.

Ao meu orientador, o Professor Doutor Lucas de Souza Lehfeld, uma das pessoas mais íntegras, competentes e de uma bondade singular, que tive o privilégio de conhecer e que acabou se tornando, além de professor, um grande amigo e um exemplo de profissional a ser seguido. Sou extremamente agradecida pela paciência, pelo estímulo, pela troca de idéias e pelos aconselhamentos durante o curso de mestrado.

Ao Professor Doutor Luiz Manoel Gomes Júnior, Coordenador do Curso de Mestrado em Direito desta Universidade, pelo incentivo oferecido a todos nós, mestrandos, desde o primeiro dia de aula.

A todos os docentes que, com muito brilhantismo, nos proporcionaram inestimáveis ensinamentos ao longo destes dois anos.

Aos demais colegas mestrandos, consigno meus agradecimentos pela calorosa e proveitosa convivência em nossos encontros semanais; em particular ao colega Everton Leandro da Costa por meio de sua peculiar atenção, de seu entusiasmo e inovador e de seu coração aberto que se tornou um amigo verdadeiro e sincero.

Às funcionárias do núcleo de Pós-Graduação *stricto sensu* da Unaerp, pois não houve uma única vez em

que não me atendessem com um sorriso no rosto e uma polidez invejável.

Ao Padre Carlos Alberto Chaves, um anjo do céu, uma pessoa iluminada, que me orientou, abençoou e esteve junto a mim quando mais precisei.

Não poderia deixar de agradecer aos meus amigos com A maiúsculo. Os de longe e os de perto. Os antigos e os mais recentes. Os que vejo a cada dia e os que raramente encontro. Os sempre lembrados e os que, às vezes, ficam esquecidos. Os constantes e os intermitentes. Os das horas difíceis e os das horas alegres. Meus amigos humildes e meus amigos importantes. Os nomes de todos, se fossem citados, não caberiam neste curto espaço! Todavia, cada qual à sua maneira; e ao seu tempo torceram pelo meu sucesso, por isso lhes sou grata.

Last but not least, e de forma especialíssima, rendo o meu “muitíssimo obrigada” ao meu eterno amor: minha mãe Claudete, que esteve presente em todos os minutos desta trajetória acadêmica, perseverando, acreditando em meu potencial e oferecendo um amor incondicional e um apoio irrestrito.

Mãe: você é o meu presente divino, meu porto-seguro e minha fã número “um”. As páginas que seguem não contêm o seu nome gravado, porém sua presença, sem dúvida, exala de cada uma.

“Precisamos imprimir ao processo, como a tantas outras coisas no Brasil, um sentido mais social; e acho que as ações coletivas podem servir de instrumento para incentivar, para estimular essa necessária evolução. Certamente existem perigos, digo e repito, certamente vão surgir problemas, certamente vão surgir dificuldades. Onde é que não surgem problemas? Onde é que não há perigos? [...] Não vamos olhar para os perigos; vamos olhar para o progresso, vamos olhar para aquilo que a referida evolução pode representar de avanço em nosso ordenamento jurídico. Toda solução de problemas cria outros. Quando resolvemos um problema, imediatamente, aquela resolução suscita novos problemas. Vamos desistir, por isso, de resolver os problemas?”

(José Carlos Barbosa Moreira, *In*: “Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988”, *Revista de Processo* n. 61, p. 200)

GOMES SILVA, Marta Maria. **Mandado de Segurança Coletivo**: Legitimidade Ativa e sua Operacionalização. 2008. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, Ribeirão Preto.

RESUMO

A presente dissertação, partindo da proposta de se analisar os instrumentos processuais de garantia dos direitos coletivos, visa ao estudo da ação constitucional coletiva do mandado de segurança, no tocante à sua legitimidade ativa. Para tanto, a princípio, identificou-se e contextualizou-se o enfoque coletivo atribuído ao processo civil contemporâneo. Por meio desta perspectiva, a efetividade, a economia processual, bem como a função social da prestação jurisdicional se transformam em valores relevantes na resolução de situações jurídicas de massa, que envolvem vários indivíduos simultaneamente. Com isso, buscou-se imprimir uma visão menos dogmática na investigação de assuntos já conhecidos, discutidos, em maior ou menor grau, pela doutrina e pela jurisprudência pátrias, porém merecedores de uma releitura à luz de novas interpretações da Constituição Federal e do Processo Civil. Neste contexto, e passando ao plano prático, procurou-se, também, enfatizar o imperativo de se adaptar à disciplina coletiva os institutos referentes ao procedimento do *writ* individual, como os pressupostos e, em especial, o regime jurídico fixado na Lei n. 1.533/51. Não obstante, a análise processual do tema escolhido não se descuidou de examinar a questão material dos direitos passíveis de tutela pela ação coletiva do mandado de segurança. O objetivo central, pois, residiu no estudo dos entes legitimados à impetração; dos requisitos legais para a atuação em juízo dos mesmos e da questão da necessidade (ou não) de observância de uma pertinência temática a eles. Igualmente, propôs-se a análise da extensão desta legitimidade ativa ao Ministério Público, haja vista a sua atuação junto a outras ações coletivas e, em um âmbito maior, a relevância de suas atribuições na proteção de direitos como advogado da sociedade. Para o desenvolvimento da matéria, utilizou-se de premissas teóricas que repousam, principalmente, no método da interpretação sistemática do texto constitucional; na evolução do Direito enquanto ciência não exata, cujo instrumental deve ajustar-se aos fins últimos de pacificação social, somadas a uma exegese ampliativa conferida à ação mandamental coletiva, enquanto garantia constitucional de direitos líquidos e certos. Conseqüentemente, evidenciou-se uma tendência de compreensão desta ação com vistas a conferir-lhe um alcance interpretativo amplo, e não restritivo, no intuito de potencializar o instituto, tanto em relação aos entes co-legitimados, quanto aos bens jurídicos, objeto do interesse coletivo defendido, no caso concreto, pela via sumária mandamental.

Palavras-chave: ação coletiva; legitimidade ativa; mandado de segurança coletivo; procedimento; interpretação; Ministério Público.

GOMES SILVA, Marta Maria. **Mandado de Segurança Coletivo**: Legitimidade Ativa e sua Operacionalização. 2008. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, Ribeirão Preto.

RIASSUNTO

La presente dissertazione, partendo dalla proposta di analisi degli strumenti processuali di garanzia dei diritti collettivi, intende studiare l'azione costituzionale collettiva del "mandado de segurança", per quanto riguarda la sua legittimità attiva. Pertanto, in principio, si è identificato e contestualizzato il focus collettivo attribuito al processo civile contemporaneo. Attraverso questa prospettiva, l'effettività, l'economia processuale così come la funzione sociale della prestazione giurisdizionale si trasformano in valori rilevanti nella risoluzione di situazioni giuridiche di massa, che coinvolgono più persone simultaneamente. Con questo, si è cercato di attribuire una visione meno dogmatica nell'investigazione di argomenti già conosciuti, discussi, in maggior o minor livello, dalla dottrina e dalla giurisprudenza del nostro Paese, però che meritano di essere riletti alla luce di nuove interpretazioni della Costituzione Federale e del Processo Civile. In questo contesto, e passando al piano pratico, si è cercato, anche, di enfatizzare l'imperativo di adattare alla disciplina collettiva gli istituti riferiti al procedimento del *writ* individuale, come i presupposti e, in special modo, il regime giuridico fissato nella Legge n° 15 33/51. Ciò nonostante, l'analisi processuale del tema scelto non ha agito con negligenza nell'esaminare la questione materiale dei diritti passibili di tutela per l'azione collettiva del "mandado de segurança". L'obiettivo centrale, in fondo, è stato lo studio degli enti legittimati all'impetrare; dei requisiti legali per l'attuazione in giudizio degli stessi e della questione della necessità (o no) che osservino una pertinenza tematica. Allo stesso modo, si è proposta l'analisi dell'estensione di questa legittimità attiva al Pubblico Ministero, in conseguenza della sua attuazione insieme a altre azioni collettive, e, in un ambito maggiore, la rilevanza delle sue attribuzioni nella protezione di diritti come avvocato della società. Per lo sviluppo della materia, si sono utilizzate premesse teoriche che si appoggiano, principalmente, nel metodo dell'interpretazione sistematica del testo costituzionale; nell'evoluzione del Diritto come scienza inesatta, la cui strumentistica deve adeguarsi ai fini ultimi della pacificazione sociale, sommate a un'esegesi ampliata conferita all'azione collettiva del "mandado de segurança", come garanzia costituzionale di diritti liquidi e certi. Di conseguenza, si è evidenziata una tendenza di comprensione di questa azione con obiettivo di conferirle un'ampia portata interpretativa, non restrittiva, nell'intuito di potenziare l'istituto, sia in relazione agli enti co-legittimati, sia ai beni giuridici oggetto dell'interesse collettivo difeso, nel caso concreto, dalla via sommaria del "mandado".

Parole chiave: azione collettiva; legittimità attiva; "mandado de segurança" collettivo; procedura; interpretazione; Pubblico Ministero.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 MANDADO DE SEGURANÇA E PROTEÇÃO COLETIVA	18
1.1 ORIGENS DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.....	18
1.2 MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO E IDENTIFICAÇÃO DO SEU OBJETO.....	27
1.2.1 Objeto Coletivo.....	32
2 REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO	47
2.1 <i>WRIT</i> COLETIVO DIANTE DO INDIVIDUAL: AUTONOMIA OU VINCULAÇÃO?.....	47
2.2 REQUISITOS COMUNS DE ADMISSIBILIDADE: PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS PARA IMPETRAÇÃO, OBJETO E ESPÉCIES.....	51
2.3 PROCEDIMENTO INDIVIDUAL (LEI N. 1.533, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1951) E SUA ADEQUAÇÃO À AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.....	62
3 A LEGITIMAÇÃO ATIVA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO	81
3.1 NATUREZA JURÍDICA DA LEGITIMIDADE PARA AGIR NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.....	82
3.2 TUTELA DE INTERESSES OU TUTELA DE DIREITOS PELOS ENTES LEGITIMADOS?.....	90
3.3 OS DIREITOS TUTELÁVEIS EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.....	96
3.4 PARTIDOS POLÍTICOS: REQUISITOS PARA ATUAÇÃO.....	104

3.4.1	A Extensão da Legitimação Conferida ao Partido Político.....	107
3.5	ASSOCIAÇÕES.....	115
3.5.1	Legitimação e a Questão da Pertinência Temática.....	124
3.6	AUTORIZAÇÃO DOS MEMBROS.....	133
3.7	MINISTÉRIO PÚBLICO E A (AFIRMADA) LEGITIMAÇÃO PARA O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.....	137
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	148
	REFERÊNCIAS.....	159

INTRODUÇÃO

O Direito constitui um instrumento de controle social, revelando-se imprescindível à sociedade. É dizer, em outras palavras, que o homem, a sociedade e o Direito estão intimamente ligados¹. E essa mútua dependência faz com que as transformações sociais influenciem, de modo significativo, o plano jurídico.

Nessa dimensão, torna-se imperioso vislumbrar que as novas realidades, surgidas em meados do século XVIII, com a revolução industrial, e que se expandiram pelo mundo a partir do século XIX, obrigaram a uma evolução do sistema jurídico. Isso porque, uma vez estabelecida e cristalizada o que se denominou de *sociedade de massas*, deu-se um conjunto de mudanças tecnológicas com profundo impacto no processo produtivo em nível econômico e social; conseqüentemente, romperam-se os antigos conceitos de cunho jurídico-ideológicos, por meio da discussão atinente aos conflitos de massa, os quais passaram a demandar decisões que pudessem beneficiar um sem-número de pessoas que se encontrassem ligadas a uma mesma relação jurídica.

Assim, o reconhecimento, a sistematização e a normatização de direitos, advindos da transmutação das relações individuais para os fenômenos de massa, exigiram que as bases do processo civil fossem alteradas, com a previsão de instrumentos que correspondessem às reais necessidades dos novos direitos², agora metaindividuais ou transindividuais.

Nesse passo, a massificação dos interesses e direitos e a necessidade de assegurar a repressão (bem como a prevenção) de lesões ocasionadas a

¹ Daí o silogismo da sociabilidade: “ubi homo, ibi societas” (onde o homem, aí a sociedade); “ubi societas, ibi jus” (onde a sociedade, aí o Direito); “ubi homo, ibi jus” (logo, onde o homem, aí o Direito). (Cf. BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao Direito**: lições de propedêutica jurídica. 3. ed. São Paulo: Letras & Letras, 1995. p. 23).

² Sobre esses novos direitos, bem observa Antonio Carlos Wolkmer o fato de constituírem uma exigência contínua da própria coletividade frente às novas condições de vida e às crescentes prioridades impostas socialmente. Tais direitos, segundo o autor, “[...] afirmam-se, sobretudo, como direitos materiais e sociais. [...] Ainda que os chamados direitos “novos” nem sempre sejam inteiramente “novos”, na verdade, por vezes, o “novo” é o modo de obtenção de direitos que não passam mais pelas vias tradicionais - legislativa e judicial -, mas provêm de um processo de lutas e conquistas das identidades coletivas para o reconhecimento pelo Estado. Assim, a designação de novos direitos refere-se à afirmação e materialização de necessidades individuais (pessoais) ou coletivas (sociais) que emergem informalmente em toda e qualquer organização social”. (WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: novo paradigma de legitimação, p. 9. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 10 abr. 2008).

pretensões titularizadas não mais por pessoas individualmente consideradas fizeram-se sentir, inevitavelmente, em nosso ordenamento jurídico.

Logo, as evoluções, constitucional e infraconstitucional, levadas a efeito se preocuparam não somente com o direito material, por intermédio do reconhecimento dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos; mas, igualmente, com a criação de instrumentos processuais de viabilização da tutela coletiva.

A positivação de mecanismos de tutela dos interesses metaindividuais foi ganhando força, tendo em vista a própria abertura conferida pela Constituição Federal, de 1988, ao atribuir *status* constitucional à referida proteção em vários de seus dispositivos³. Vemos, destarte, o surgimento das ações coletivas, tais como a ação popular (Lei nº 4.717, de 1965); a ação civil pública (Lei nº 7.347, de 1985) e a ação civil coletiva em face da improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 1992).

O estudo, pois, do instrumental destinado à tutela jurisdicional dos direitos coletivos – proposta de uma das linhas de pesquisa do Curso de Mestrado desta Universidade – apresenta-se como um tema de vanguarda, sobremaneira oportuno e que vem despertando o interesse dos operadores do Direito, haja vista que os escopos buscados pela tutela processual coletiva são dos mais louváveis: efetividade do processo, economia processual, minimização de decisões judiciais contraditórias sobre um mesmo assunto e desafogamento do Poder Judiciário quanto ao número de demandas.

Ademais, o momento atual por qual passa o Direito impõe uma revisão da proteção de posições jurídicas que extrapolam a visão individualista das lides autor *versus* réu. A propósito, e com razão, já dizia José dos Santos Bedaque que “a principal missão do processualista é buscar alternativas que favoreçam a resolução dos conflitos”⁴. Em verdade, em nosso país, o campo das ações coletivas mostra-se muito fértil, principalmente em termos legislativos e doutrinários.

Nessa esteira, e em continuidade, a entrada em vigor da atual Constituição significou um marco importante, vez que a mesma, no capítulo “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, do Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, trouxe os institutos novos do *Habeas Data*, do Mandado de Injunção

³ A atual Constituição protege a coletividade, *v. g.*, em se tratando de direitos fundamentais (artigo 5º, inciso XXXII); do meio ambiente (artigos 170, incisos V e VI, 200, 225, parágrafos 1º a 6º); dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos como uma das funções institucionais do Ministério Público (artigos 127, *caput* e 129, inciso III).

⁴ BEDAQUE, José dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 43.

e do Mandado de Segurança Coletivo. Este último como um novo instrumento para defesa de direitos coletivos, expandindo – por certo – o raio de ação do *writ* constitucional individual, previsto no artigo 5º, inciso LXIX.

Trata-se de inovação que traz consigo significativa oportunidade à revisão de conceitos processuais e, sob o ponto de vista sociológico, da relação entre a sociedade e os agentes do Estado, e que tem em vista os interesses e direitos de grupos em nível intermediário.

Na tentativa de se delimitar o assunto, optou-se pela investigação e pelo desenvolvimento do tema referente à legitimidade ativa para a propositura da ação mandamental coletiva.

Todavia, ainda assim, o tema *legitimidade* mostra-se amplo, vasto, a ponto de englobar vários ângulos de análise da matéria. Deste modo, pretendeu-se trazer à baila pensamentos a fim de dialogar e debater questões atinentes ao modelo científico quanto à operacionalização desta legitimidade ativa, como esta se delineia na prática e, ainda, como os eventuais problemas são (ou poderão vir a ser) superados.

A relevância tanto social, como jurídica do tema escolhido possibilita a discussão de um objeto atual, pois, ao se admitir novos tipos de tutela jurisdicional, a pergunta natural e lógica que brota em nosso espírito é a seguinte: quem teria legitimidade ativa para agir em juízo na defesa e salvaguarda de tais interesses?

De conseguinte, quando se fala em direitos coletivos, vê-se a necessidade de se verificar quem terá legitimidade para defendê-los em juízo.

Assim sendo, a legitimidade ativa assume importância crucial no processo civil coletivo e, especificamente, portanto, na seara da ação coletiva em tela.

Em primeiro aspecto, porque a legitimidade constitui uma das condições da ação. Sua ausência deve ser conhecida pelo juiz de ofício, e a qualquer tempo, implicando a carência de ação que resulta na extinção do processo sem julgamento do mérito, conforme prescreve o artigo 467, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Ademais, analisar a legitimidade ativa do mandado de segurança coletivo significa verificar a questão da adequada representatividade de sindicatos, entidades de classe, associações e partidos políticos quando comparecem em juízo para pleitear conseqüências jurídicas que serão sentidas de modo imediato por seus filiados ou associados.

O tema guarda relação, outrossim, com o adequado acesso à justiça, pois a atuação do ente coletivo e sua eventual má representação acarretam um prejuízo coletivo que será sentido por vários indivíduos, devido ao fato de a lide ter sido temerária.

Atualmente, é inevitável o fato de que as ações coletivas terão de passar pelo necessário exame da questão atinente à sua legitimidade ativa, o que acaba por se tornar um tema dos mais delicados, pois a teoria da legitimação foi construída em alicerces individualistas, o que acaba, fatalmente, ocasionando um trabalho de reinvenção, ou melhor, de reinterpretção e adequação dos institutos do processo civil de forma a atender as necessidades da tutela de massa.

Nesse contexto, há que se ter em mente que um estudo fundado em conceitos muito rígidos impostos ao mandado de segurança poderão enfraquecer o remédio, comprometendo, assim, a amplitude de sua destinação, bem como sua efetividade na proteção de pretensões coletivas.

Com isso, buscou-se imprimir uma visão menos dogmática na investigação de tópicos já conhecidos, discutidos, em maior ou menor grau, pela doutrina e pela jurisprudência pátrias, porém merecedores de uma releitura à luz de novas interpretações da Constituição Federal e do Processo Civil contemporâneo.

Convém ressaltar, ainda, que com esta pesquisa não se pretende realizar um estudo completo ou exaustivo sobre aquela legitimação ativa, mas, sim, apresentar uma investigação de natureza científica, com a expectativa de que a reflexão sobre determinados pontos surja, e da mesma revele-se clara a necessidade de se visualizar a ação de mandado de segurança coletivo como inserida em um novo ramo do Direito Processual: o Direito Processual Coletivo.

Utilizando-se do método dedutivo, o trabalho foi desenvolvido a partir do raciocínio dialético, recorrendo à pesquisa bibliográfica doutrinária em livros e revistas jurídicas; tentando, assim, imprimir uma interdisciplinariedade, além da inserção de material jurisprudencial, com o fito de situar a pesquisa acadêmica no panorama da prática judiciária.

Visando ao desenvolvimento da matéria, foram utilizadas premissas teóricas que repousam, principalmente, no método da interpretação sistemática do texto constitucional; na evolução do Direito enquanto ciência não exata, cujo instrumental deve ajustar-se aos fins últimos de pacificação social e na exegese ampliativa

conferida à ação mandamental coletiva, enquanto garantia constitucional de direitos líquidos e certos. Para tanto, dividiu-se o estudo em três capítulos.

No Capítulo I, traçou-se um breve panorama acerca dos aspectos históricos e dos antecedentes do mandado de segurança como garantia constitucional, estabelecida em prol dos direitos dos cidadãos perante o Poder Público e da repercussão de outros institutos estrangeiros no âmbito da ação em tela⁵. Em continuidade, procurou-se contextualizar a proteção proporcionada pelas ações coletivas, tendo em vista o novo olhar lançado sobre o processo civil moderno, e o objeto tutelado por elas. Dessa forma, tendo como ponto de partida as definições trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor, buscou-se estabelecer alguns critérios para a caracterização dos direitos de natureza coletiva, quais sejam: direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

No Capítulo II, fez-se uma abordagem do regime jurídico relativo ao mandado de segurança coletivo. A ênfase em estudar os pressupostos e a Lei reguladora do *writ*, Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, reside precisamente em tentar equacionar, de forma adequada, o que é, e o que não é aplicável, em se tratando da ação coletiva mandamental. Além disso, a clarificação de conceitos jurídicos, como “direito líquido e certo” e “ato de autoridade”, se apresenta imprescindível para uma compreensão globalizada daquilo que se tratou no capítulo principal.

O Capítulo III, por seu turno, foi direcionado ao estudo dos aspectos processuais específicos no tocante à legitimidade ativa, fixada no artigo 5º, inciso LXX, da Constituição Federal, para a impetração do mandado de segurança coletivo.

Não obstante, a análise processual do tema escolhido não descuidou de examinar a questão material dos direitos passíveis de tutela pela ação coletiva do mandado de segurança.

O objetivo central, pois, residiu no exame dos entes legitimados à impetração; dos requisitos legais para a atuação em juízo dos mesmos e da questão da necessidade (ou não) de observância de uma pertinência temática por eles.

⁵ Como enfatizado por Alfredo Buzaid: “O Direito, particularmente no que diz respeito às garantias individuais, tende a universalizar as suas regras, servindo de modelo e exemplo os países que se anteciparam aos outros na obtenção de meios rígidos e eficazes de proteção por via judicial. Não se trata obviamente de ato de puro mimetismo, que se compraz antes em imitar do que em criar institutos jurídicos originais, mas de reconhecer o valor incontestado de certas soluções que valem para toda a humanidade. O Direito estrangeiro serve, pois, como fonte de inspiração”. (BUZAID, Alfredo. Mandado de segurança, “injunctions” e “mandamus”. **Revista de Processo** n. 53. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1989. p. 12.)

Igualmente, propôs-se traçar algumas linhas polêmicas sobre o assunto, mormente no tocante à extensão desta legitimidade ativa ao Ministério Público, haja vista a sua atuação junto a outras ações coletivas e, em um âmbito maior, a relevância de suas atribuições institucionais na proteção de direitos sociais.

A discussão acerca da atuação do *Parquet* abre, certamente, a possibilidade de o leitor indagar o porquê de tal escolha, haja vista que a Defensoria Pública, por exemplo, prevista no artigo 134 do texto constitucional, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, inciso LXXIV, poderia, igualmente, suscitar questionamentos relativos à sua legitimidade no âmbito do mandado de segurança coletivo.

Entretanto, e ao modo de justificativa, ressalvamos que, no Estado de São Paulo, a Defensoria Pública foi instituída tão-somente em janeiro do ano de 2006, pela Lei Complementar Estadual nº 988 e, recentemente, a Lei Federal nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, outorgou-lhe, de modo expresse, legitimidade para a propositura de ações civis públicas, legitimidade esta que, para muitos, já existia mesmo sem autorização legal explícita.

Ao contrário, a legitimação do *Parquet*, em sede de processos coletivos, há muito vem sendo discutida, dada a amplitude da defesa de interesses massificados, que lhe foi conferida em sede constitucional, cujo artigo 129, inciso III, expressamente atribui ao órgão ministerial a função institucional de promoção do inquérito civil e da ação civil pública para o resguardo de todos os direitos difusos ou coletivos, sem restrição.

Infraconstitucionalmente, há muitas leis que conferem legitimidade ativa ao Ministério Público para a tutela jurisdicional dos direitos ou interesses coletivos nelas previstos. A título de ilustração, é possível citar o artigo 5º, da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85); o artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90); os artigos 16 e 17, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) e o artigo 3º, da Lei de Defesa dos Interesses das Pessoas Portadoras de Deficiência (Lei nº 7.853/89).

Ressalta-se que mesmo quando não atue como autor na ação coletiva ajuizada, o Ministério Público deverá participar no processo, sob pena de nulidade. É

o que prescreve, *v. g.*, os parágrafos 1º e 3º, do artigo 5º, da Lei da Ação Civil Pública.⁶

A figura do *Parquet*, portanto, em se tratando da tutela coletiva, aproxima-se mais do papel de guardião da sociedade (*custos societatis*), do que de fiscal da lei (*custos legis*), pois age na promoção dos valores e direitos indisponíveis.

Todo esse somatório de fatores foi decisivo ao optarmos pela investigação do problema concernente à possibilidade (ou não) do órgão ministerial poder se valer do instrumento processual consubstanciado na ação mandamental coletiva.

Enfim, o assunto, alvo do presente trabalho, é de relevância ímpar, motivo por que despertou nosso interesse. Esperamos que esta pesquisa alcance o objetivo almejado, qual seja, mais uma colaboração científica, sem esgotar o tema. Trata-se, destarte, de uma análise da ação mandamental coletiva, que completa, no corrente ano, 20 anos do seu surgimento em nosso ordenamento jurídico.

⁶ Art. 5º. [...] §1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei. [...] §3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

1. MANDADO DE SEGURANÇA E PROTEÇÃO COLETIVA

1.1 ORIGENS DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Um estudo, ainda que breve, acerca dos acontecimentos que deram ensejo ao surgimento do mandado de segurança coletivo é de grande valia. Isso porque se leva a um aperfeiçoamento da compreensão do instituto e, ademais, se enfatiza a sua vocação essencialmente constitucional de proteção dos direitos do homem e de tutela de direitos pertencentes a vários indivíduos contra as arbitrariedades e os abusos cometidos pelo Poder Público.

Com o advento do Estado Moderno, veio à tona uma forte tendência de fortalecimento dos direitos individuais, decorrente da preocupação de se limitarem os poderes absolutos e incontestáveis dos antigos governantes.

Com esse movimento relaciona-se o nascimento do mandado de segurança, garantia intimamente ligada à idéia de liberdade contra o Estado, contra o Poder Público.

Nesse diapasão, urge apontar a Revolução Francesa (1788-1799) como marco decisivo e, indubitavelmente, de grande importância, para o favorecimento das liberdades públicas diante do arbítrio reinante no antigo regime da época.

Michel Temer muito bem acentua:

O soberano era irresponsável pelos seus atos em relação aos súditos; por isso mesmo, os atos por ele praticados não eram impugnáveis por aqueles aos quais se dirigiam. Tanto era assim que, em dado estágio histórico, a soberania, hoje reconhecidamente nota característica do Estado, residia na figura do soberano. Não tinham os indivíduos meio eficaz, instrumento capaz de conter eventuais abusos do soberano.⁷

Entretanto, os franceses não foram capazes de outorgar aos cidadãos um remédio totalmente eficiente contra os abusos estatais.

Foram, sim, os norte-americanos que conseguiram criar instrumentos próprios e eficazes de tutela dos direitos do homem contra os desmandos do Poder Público.

⁷ TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 179.

Do ponto de vista histórico, o caminho percorrido pela atuação discricionária do Poder Público partiu do contexto do chamado Estado de Polícia, mais especificamente, nos Estados Absolutistas do século XVII e meados do século XVIII, em que a ação discricionária do Estado era ampla, quase que sem freios na lei. Logo a seguir, passou-se para o contexto dos Estados Constitucionais, após as revoluções burguesas, principalmente a norte-americana de 1776 e a francesa de 1789, limitadores da ação discricionária do Poder Público, tendo agora que enfrentar toda uma gama de contradições frente à necessidade de conciliar a supremacia do Estado com os direitos e liberdades dos cidadãos conquistados nessas revoluções.⁸

Surgiram, dessa forma, com a contribuição norte-americana, os chamados *writs*, de origem inglesa:

Em língua inglesa, no sentido leigo, *writ* significa escrito, lei, regulamento, édito, ordem. Vem de *written* (escrito). [...]

Tecnicamente, em linguagem jurídica, *writ* deve ser entendido como mandado, ordem a ser cumprida. [...]

A expressão *writ* procede, pois, do direito inglês, desde os tempos da Magna Carta, sempre com o sentido de ordem. Conheciam-se várias espécies de *writ*, que constituíam medidas destinadas a assegurar a liberdade e o direito dos cidadãos, quando ameaçados ou turbados.

Hoje o sentido não é diverso, pois verdadeiramente se cuida de um mandamento expedido pelo órgão jurisdicional competente, no exercício da soberania de suas funções estatais, endereçado a quem deve cumprir a lei, seja autoridade ou mesmo a própria pessoa física. O *writ* pressupõe um processo sempre sumário [...] por via do qual se viabiliza.⁹

Esclarece Celso Cardoso Filho, que os *writs* se apresentavam sob diversas formas: *injunction*, *mandamus*, *prohibition*, *quo warranto* e *certionari*.

A *injunction* tem a finalidade de proibir ato cujo resultado causaria dano irreparável ao direito do autor.

O *mandamus* é utilizado para compelir o funcionário à prática de ato do seu ofício, nos casos em que o servidor não tem poder discricionário.

A *prohibition* destina-se a impedir que os Tribunais inferiores julguem sem jurisdição trancando o feito.

O *quo warranto* destina-se a resguardar, em nome do povo, a usurpação de cargos ou privilégios ilegalmente obtidos. É utilizado pelo Procurador-Geral ou outro membro do Ministério Público.

O *certionari* visa (sic) anular atos da Administração de natureza quase judicial, isto é, atos decisórios.¹⁰

Deste modo, vê-se que o Direito Norte-Americano instituiu inúmeros meios de defesa dos interesses particulares contra a Administração Pública.

⁸ VITAGLIANO, José Arnaldo. **Instrumentos processuais de garantia**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 112.

⁹ Cf. DIOMAR, Ackel Filho. **Writs Constitucionais**: habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 8

¹⁰ CARDOSO FILHO, Celso. Alguns aspectos processuais do mandado de segurança. **Revista de Processo** n. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1981. p. 82.

Mas não só as conquistas americanas orientaram a criação do mandado de segurança em nosso país. Relevante também foi a contribuição do Direito Mexicano com seu “juicio de amparo”.

José Maria Othon Sidou atenta para o fato de que no Congresso Jurídico de 1922, o Ministro Edmundo Muniz Barreto, da Suprema Corte, teria expressado a necessidade de se adotar, no país, instituto semelhante ao amparo mexicano, com rito, porém, mais sumário.¹¹

Segundo o autor, o mandado de segurança guarda grande identidade com o instituto mexicano:

No Direito comparado, o instituto que guarda mais identidade fisionômica com o mandado de segurança é o *juicio de amparo*, do México. A Constituição Mexicana prescreve (artigo 103) a procedência do remédio não só contra a violação das garantias individuais, como contra as leis ou atos de autoridade federal que vulnerem ou restrinjam a soberania dos Estados-Membros ou que, promanadas dêsses, invadam, ao contrário, a esfera federal. E a lei adjetiva do *amparo*, no seu art. 9º, induz a possibilidade de as “pessoas morais oficiais” (a Nação Mexicana, os Estados, os Municípios e demais corporações de caráter público) concorrerem em petição de garantia, desde que atos reclamados lesionem interêsse patrimonial.¹²

O Direito Português também concorreu, por intermédio da apelação extrajudicial, de conteúdo similar ao mandado de segurança.

Todavia, o objeto de exame da apelação era realizado apenas por meio de recurso. É o que disciplinou o Livro III, Título LXXX, das Ordenações Afonsinas (1456), tratando dos atos ainda não iniciados, mas que ameaçavam ocorrer; e da apelação, propriamente dita, logo adiante, *in verbis*:

§ 6. No terceiro caso, honde tratamos dos **autos nom começados mais cominatorios**, dizemos que a parte, **que se teme ou recea ser agravada**, se pode recorrer aos Juízes da terra, improrando seu Officio, per que **mandem** prover como lhe nom seja feito tal agravado. (grifo nosso)

[...]

§ 8. E em tal apelaçam, ou protestaçam assy feita deve ser inserta, e declarada a **causa verisimil e resoada**, por que assy apelou, ou protestou, como dito he nas outras apelaçoens. Pode-se poer exemplo: Eu me temo de alguum, que me queira **ofender na pessoa**, ou me queira sem rezam ocupar, e **tomar minhas cousas**; se eu quero, posso requerer ao Juiz, que

¹¹ SIDOU, José Maria Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular**: as garantias ativas dos direitos coletivos. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 128-129.

¹² SIDOU, José Maria Othon. **Do mandado de segurança**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 93.

segure em mim, e minhas cousas delle, a qual **segurança** me deve dar; e se depois della eu receber ofença do que fuy seguro, o Juiz deve hy tornar, e **restituir** todo o que for cometido, e atentado depois da dita segurança dada, e mais **proceder contra aquelle que a que quebrantou, e menos presou seu poderio**. (grifo nosso)

Eduardo Talamini, acerca desses dispositivos, registrou os atributos essenciais da medida:

Assim: (i) a tutela tinha inclusive **caráter preventivo** (“atos não começados”; “parte que se teme ou receia ser agravada”); (ii) desenvolvia-se a **cognição sumária** (“causa verossímil e razoada”); (iii) o juiz emitia verdadeira **ordem** (“mandado”; “segurança”; pôr-se sob o “poderio do Juiz”); (iv) impunha-se **comportamento específico** (prover que “não lhe seja feito tal agravo”; mandar “tornar e restituir ao primeiro estado”); (v) assegurava-se, em caso de transgressão, a própria restituição ao *status quo ante*, e não a simples compensação por equivalente pecuniário; (vi) a transgressão posterior à concessão da tutela era qualificada como afronta à autoridade judicial (“quebrantou a segurança”; “menosprezou seu mandado”; “menosprezou seu poderio”), e, por isso, contra o transgressor haveria de se proceder à restituição para a parte.¹³ (grifo nosso)

Além dessas fontes históricas, grande foi o esforço de nossos antigos doutrinadores, juristas e estudiosos para dar forma, vida ao mandado de segurança.

Sem dúvidas, de grande valia nos serviram os regimes jurídicos dos institutos similares de outros países; entretanto, não são poucos os doutrinadores que dão relevo ao mandado de segurança como criação jurídica tipicamente brasileira “que não encontra instrumento absolutamente similar no direito estrangeiro”.¹⁴

O que se observa, de uma rápida pincelada pelas legislações de amparo argentina, nicaraguense, mexicana, espanhola e uruguaia, além da inglesa, é que o mandado de segurança destaca-se dentre as formas de controle judicial dos atos administrativos, sendo, sob muitos aspectos, verdadeiramente único.¹⁵

Sidou, assim, corrobora:

O mandado de segurança não tomou por padrão nenhum instituto estranho à legislação do País. Não foram a rigor ao *writs* anglosaxônicos, nem os amparos mexicano ou espanhol, nem o congênere da Áustria, os figurinos do remédio brasileiro de garantias. A sua fisionomia é doméstica, guardando, embora, por ancestralidade, traços comuns com os demais interditos do moderno Direito.¹⁶

¹³ TALAMINI, Eduardo. As origens do mandado de segurança na tradição processual luso-brasileira. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos do mandado de segurança**: 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 295.

¹⁴ Cf. MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 163.

¹⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. **Mandado de Segurança no Direito Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 415-416.

¹⁶ SIDOU, José Maria Othon. **Do mandado...**, op. cit. p. 93. A propósito, sobre os remédios constitucionais, José Afonso da Silva aduz a razão da referida denominação: “A Constituição inclui entre as *garantias individuais* o direito de petição, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas data*, a ação popular, aos quais se vem dando, na doutrina e na

Sobre os *writs* norte-americanos, discorre Arnaldo Wald o seguinte:

Nenhum deles se confunde com o nosso mandado de segurança que realiza simultaneamente as funções de todos êles, obrigando ou impedindo a realização de certos atos pela autoridade administrativa, assegurando a determinado funcionário o exercício de seu cargo, reconhecendo, num caso concreto, a inconstitucionalidade de uma lei ou a ilegalidade de uma decisão administrativa ou judiciária.¹⁷

Verifica-se, desse modo que, não obstante inspirado por outros remédios jurídicos, o mandado de segurança surgiu com feições próprias de modo a atender às necessidades da realidade jurídica de nosso país.

Com efeito, sua origem adveio da adaptação inicial de outro instituto jurídico, haja vista que sua primordial fonte interna foi a chamada “teoria brasileira do *habeas corpus*”. Seu principal formulador, Ruy Barbosa, defendia que o instrumento poderia ser empregado na defesa de qualquer direito e não só para proteção da liberdade de locomoção. O constitucionalista, na época, influenciou de maneira expressiva o entendimento do Supremo Tribunal Federal a fim de que não fosse dada uma interpretação restritiva ao instituto do *habeas corpus*.¹⁸

Isso porque, como a Constituição de 1891, ao atribuir status constitucional¹⁹, ampliou o conceito do *habeas corpus* – inicialmente trazido no Código de Processo Criminal de 1832 – o mesmo passou, então, a ser usado fora do seu campo estritamente penal – como garantidor da liberdade de locomoção – e veio tutelar a liberdade individual em sentido mais amplo.

A propósito, bem observa Eduardo Talamini:

Foi sob a égide da Constituição de 1891 que o *habeas corpus* pôde parcialmente assumir o papel de instrumento mais amplo de tutela específica relativa a deveres de fazer ou não fazer. A medida ganhou o *status* de garantia constitucional. O dispositivo que a previa valia-se de

jurisprudência, o nome de *remédios de Direito Constitucional*, ou *remédios constitucionais*, no sentido de *meios* postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando *sanar, corrigir* ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais. Alguns desses remédios revelam-se meios de provocar a atividade jurisdicional, e, então, têm natureza de ação: são *ações constitucionais*. [...] São, pois, espécies de garantias, que, pelo seu caráter específico e por sua função saneadora, recebem o nome de *remédios*, e *remédios constitucionais*, porque consignados na Constituição”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 440).

¹⁷ WALD, Arnaldo. **Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 68.

¹⁸ Cf. VELLOSO, Carlos Mário. As Novas Garantias Constitucionais. **Revista de Direito Administrativo** n. 177. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jul.-set. 1989. p. 15.

¹⁹ O artigo 72, parágrafo 22 da Constituição de 1891 assim dispunha: “Dar-se-ha o *habeas-corpus* sempre que o indivíduo soffrer ou se achar em imminente perigo de sofrer violencia, ou coacção, por illegalidade, ou abuso de poder”.

redação extremamente ampla. Não havia, na fórmula constitucional, nenhuma restrição do instrumento à tutela da liberdade de locomoção.²⁰

Em realidade, e segundo uma perspectiva mais ampla, conforme comenta Eduardo Ferrer Mac-Gregor, o fato de o *habeas corpus* constituir o único mecanismo específico de proteção dos direitos fundamentais à época é que deu azo à amplificação do seu objeto:

Tendo em vista que o *habeas corpus* consistia o único mecanismo específico de proteção dos direitos fundamentais durante o século XIX e a primeira metade do século XX [...], o instituto foi estendendo seu âmbito de proteção a outros direitos e liberdades fundamentais. Isto ocorreu no Brasil, com a interpretação extensiva do artigo 72, inciso 22, da Constituição de 1891, ao se ampliar a tutela a outros direitos sempre e quando se vinculassem à liberdade individual.²¹

Todavia, com a reforma constitucional de 1926, o parágrafo 22, do artigo 72, restringiu de forma explícita o campo de incidência do *habeas corpus* ao estabelecer seu cabimento sempre que alguém sofresse, ou se achasse em iminente perigo de sofrer, violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção.²²

Com isso, os demais direitos passaram a carecer de instrumento que os tutelassem. Segundo Arnoldo Wald²³ e José da Silva Pacheco²⁴, tal restrição veio acentuar a necessidade de se criar outro meio eficaz de proteção às situações urgentes não abrangidas pelo *habeas corpus*.

Seguiram-se, então, após a reforma de 1926, vários projetos específicos. Dentre eles, destacam-se os de autoria de: Edmundo Muniz Barreto e dos parlamentares Gudesteu Pires, Afrânio de Melo Franco, Mattos Peixoto e Odilon Braga. Todos apresentados em épocas distintas, mas munidos com um único objetivo: o de amparar o indivíduo contra as arbitrariedades oriundas do Estado. Por

²⁰ Op. cit. p. 306.

²¹ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El Amparo Iberoamericano (Estudio de derecho procesal constitucional comparado). **Revista de Processo** n. 143. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2007. p. 88. (tradução nossa). No original: “Debido a que el *habeas corpus* constituía el único mecanismo específico de protección de los derechos fundamentales durante el siglo XX e primera mitad del siglo XX [...], la institución fue extendiendo su ámbito de protección a otros derechos y libertades fundamentales. Esto ocurrió em Brasil, con la interpretación extensiva al artículo 72-inciso 22, de la Constitución de 1891, al ampliarse la tutela a otros derechos siempre y cuando se vincularan a la libertad individual”.

²² A nova redação do dispositivo passou a ser seguinte: “Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer, ou se achar em iminente perigo de sofrer, violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”.

²³ Op. cit. p. 35.

²⁴ PACHECO, José da Silva. **Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 143.

fim, lamentavelmente, com a dissolução do Congresso, em 1930, nenhum deles obteve êxito.

Com o retorno dos trabalhos legislativos em 1934, o assunto regressou à pauta de discussões.

Finalmente, como resultado direto dos debates e da proposta de autoria do deputado João Mangabeira ²⁵, a Constituição Federal, de 1934 veio consagrar o instituto do mandado de segurança em seu artigo 113, inciso 33. ²⁶

Estava criado, naquele momento, um dos instrumentos de maior proteção dos direitos dos cidadãos diante dos abusos do Poder Público.

Adveio, ulteriormente, a necessidade de criação de uma regulamentação, por lei ordinária. Referida tarefa foi incumbida ao deputado Alcântara Machado. Desse modo, em 16 de janeiro de 1936, despontou, no plano infraconstitucional, a Lei n. 191.

No entanto, no ano subsequente, o mandado de segurança foi excluído do rol de garantias constitucionais pela Carta ditatorial de 1937, passando a vigorar, tão-somente, na esfera infraconstitucional, pelo Decreto-Lei n. 6, de 16 de novembro de 1937. ²⁷

De toda sorte, com a redemocratização de 1946, o mandado de segurança voltou a figurar no corpo constitucional, com algumas alterações: a expressão “direito certo e incontestável” foi substituída por “direito líquido e certo”, bem como

²⁵ O novo instrumento processual foi incluído nos trabalhos preparatórios da Constituinte de 1934, com o nome mandado de segurança, denominação cunhada por João Mangabeira, na 20ª reunião da Sub-comissão para o Anteprojeto constitucional. (Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela preventiva das liberdades: “habeas corpus” e mandado de segurança. **Revista de Processo** n. 22. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 1981. p. 31).

²⁶ Dispunha o texto constitucional: “Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado de segurança não prejudica as ações petitórias competentes”.

²⁷ O artigo 16 do Decreto-Lei n. 6 vedou sua utilização contra atos praticados pelo Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores e Interventores. Mais tarde, proibiu-se a utilização da garantia constitucional contra atos do Prefeito do Distrito Federal por força do Decreto-Lei n. 96, de 22 de dezembro de 1937. Não bastasse, o Código de Processo Civil de 1939 restringiu ainda mais o campo de ação do mandado de segurança ao estabelecer, no seu artigo 320, inciso IV, o não cabimento em matéria de impostos e taxas, exceto quando a própria lei determinasse providências restritivas da atividade profissional do contribuinte: “Art. 320. Não se dará mandado de segurança, quando se tratar: [...] IV – de impostos ou taxas, salvo se a lei, para assegurar a cobrança, estabelecer providências restritivas da atividade profissional do contribuinte”.

não se exigia mais que se tratasse de “inconstitucionalidade ou ilegalidade manifesta”.²⁸

Em seguida, deu-se a edição da lei que viria regular o mandado de segurança até os dias atuais: 1.533, de 31 de dezembro de 1951²⁹. Referido diploma foi alterado pelas Leis posteriores: 2.770, de 04.05.56; 4.166, de 04.12.62; 4.348, de 26.06.64; 4.357, de 16.07.64; 4.862, de 29.11.65 e 5.021, de 09.06.66.

A Constituição de 1967 continuou prevendo a garantia do mandado de segurança.³⁰

Igualmente aconteceu com o advento da Constituição Federal de 1969, que manteve a redação anterior, apenas suprimindo a expressão *individual*.³¹

Por fim, a Constituição de 1988 manteve a figura do instituto no artigo 5º, inciso LXIX e inovou ao ampliar seu alcance por meio do mandado de segurança coletivo disposto no seu inciso LXX:

Art. 5º [...]

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Criava-se, assim, a ação constitucional coletiva do mandado de segurança e nosso ordenamento jurídico ganhava mais um instrumento para a proteção de direitos coletivos. E instituto este de características peculiares, pois ligado à

²⁸ Estabelecia seu artigo 141, §24: “Para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

²⁹ Dispõe seu artigo 1º: “Conceder-se-á, mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

³⁰ Dispunha seu artigo 150, §21: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito individual líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

³¹ A redação do artigo 153 passou a ser a seguinte: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

contenção de abusos de poderes por parte do Poder Público, apresentando-se como meio de defesa das liberdades públicas dos indivíduos, por intermédio de uma ação cuja gênese sofreu influências de ordenamentos jurídicos alienígenas, de debates nacionais, além de ter possuído como “embrião” um remédio constitucional inicialmente existente: o *habeas corpus*, o qual visava – *a priori* – à proteção da liberdade de locomoção, porém teve seu campo alastrado no intuito de garantir outros direitos durante um período de 94 anos (1891-1926).

Tão-somente com o advento da Constituição Federal de 1934 é que o mandado de segurança foi explicitamente consagrado, o que antes implicou em mais de uma década sem que os cidadãos contassem com um instrumento específico contra as eventuais ilegalidades cometidas por parte de autoridades públicas em nosso país.

Todavia, devido às instabilidades políticas da época, o *mandamus* não teve preservada sua previsão na Constituição de 1937, o que era de se esperar, pois um regime ditatorial não poderia permitir que tamanha garantia pudesse estar à disposição dos cidadãos, possibilitando – por via de conseqüência – a contestação de atos do Poder Público.

Sobreveio, assim, em continuidade, um período de mais 11 anos até que o mandado de segurança voltasse a ser previsto no texto constitucional de 1946 e permanecesse de modo expresse nas Cartas Constitucionais seguintes: 1967, 1969 e 1988, as quais imprimiram alterações consecutivas à redação inicial do artigo 133, inciso XXXIII, da Constituição Federal de 34.

Como *writ*, ainda, o mandado de segurança transparece como ordem, mandamento judicial a ser cumprido por parte daquele que deveria ter agido de ofício em consonância com a lei, mas não o fez, ou que, por meio de uma conduta comissiva, ocasionou a lesão a direitos líquidos e certos de várias pessoas, no caso da ação mandamental coletiva. Não obstante, em nosso ordenamento jurídico, o mandado de segurança não foi instituído com vistas à proteção de direitos perante atos cometidos por pessoas físicas; há – dessa forma, e necessariamente – que se ter presente a figura da autoridade pública ou de agente de pessoa jurídica, quando exerce funções típicas do Poder Público.³²

³² A figura da autoridade será mais detalhadamente tratada no item 2.2 adiante.

Cumpre-nos, agora, adentrar alguns aspectos inerentes às ações coletivas e de seu objeto, tendo em vista a inserção do mandado de segurança naquele rol.

1.2 MANDADO DE SEGURANÇA E IDENTIFICAÇÃO DO SEU OBJETO

A ação de mandado de segurança coletivo, criada com o advento da atual Constituição Federal, juntamente com outros instrumentos processuais, formam – como se tentará demonstrar adiante – um arcabouço responsável pela tutela de direitos não estritamente individuais, mas sim metaindividuais ou transindividuais.³³

Metaindividuais, pois, correspondem a interesses que transcendem a esfera particular do indivíduo, nascem da noção de um mundo globalizado e ligam-se à idéia dos denominados direitos de terceira geração³⁴, como aqueles atinentes ao consumidor, ao meio ambiente, à comunicação.

É dizer, assim, que tais pretensões advêm do reflexo dos conflitos sociais instaurados no último século os quais contribuíram para a formação da sociedade complexa em que atualmente vivemos (por sinal, totalmente diversa das sociedades de séculos passados).

Problemas outrora ignorados e que jamais poderiam ser suscitados pelos conflitos exclusivamente individuais vêm à tona e ganham crescente relevância nas discussões inflamadas nos diversos palcos: social, político e jurídico. Isso sucede,

³³ Sobre a análise da questão terminológica a respeito de qual expressão seria a mais correta: transindividuais ou metaindividuais esclarece Hugo Nigro Mazzilli: “Embora, em rigor de formação gramatical, seja preferível utilizarmos-nos da primeira expressão, porque é neologismo formado com prefixo e radical latinos (diversamente da segunda, que, enquanto hibridismo, soma prefixo grego a radical latino), a verdade é que a doutrina e a jurisprudência têm usado indistintamente ambos os termos para referir-se a interesses de grupos, ou a interesses coletivos, em sentido lato”. (MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 50.)

³⁴ Em relação a esses direitos, Paulo Bonavides leciona: “Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 522).

em virtude da seguinte circunstância fática: os danos emergentes da afronta a tais direitos podem atingir um grande número de pessoas.

Logo, quando – por exemplo – os consumidores de determinado produto são ludibriados; o ar que respiramos é poluído; a fauna e a flora são exterminadas; o nosso patrimônio histórico e turístico sofre deterioração, nos encontramos diante de interesses que deixam de ter caráter meramente individual, mas, pelo contrário, apresentam-se como de natureza coletiva e geram, uma vez desrespeitados ou violados, danos igualmente coletivos.

Como conseqüência desse fenômeno, portanto, deu-se a necessidade – para a defesa desta categoria autônoma de direitos – da criação de um instrumental adequado consubstanciado nas ações coletivas.

Já afirmavam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco que a fase instrumentalista (ou terceira “onda” renovatória) por que passa atualmente o direito processual exige um aprimoramento do plano prático sempre com vistas à pacificação social, pois, “se temos hoje uma vida societária de massa, com tendência a um direito de massa, é preciso ter também um *processo de massa*, com a proliferação dos meios de proteção a direitos supra-individuais e relativa superação das posturas individuais dominantes”.³⁵

Destarte, destaca-se como valioso o papel das ações voltadas para a defesa de direitos transindividuais, vez que desafia um modelo de tutela jurisdicional ortodoxo e limitado, em que as relações e os conflitos se apresentam individualizados, pois interessam a sujeitos muito definidos na clássica triangulação autor – juiz – réu ou, se preferirmos, na fórmula tradicionalmente concebida “Tício *versus* Caio”.³⁶

Assim, o abandono do velho individualismo que domina o direito processual tornou-se um imperativo do mundo moderno, uma vez entendido que as relações

³⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 44.

³⁶ Em verdade, dúvida não pode haver de que os interesses transindividuais sempre existiram. Ocorre que apenas contemporaneamente o tema vem sendo abordado, estudado e sistematizado de forma mais autônoma. Nesse sentido, enfatizam Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Junior: “Interesses difusos e coletivos existiram sempre, desde que o homem passou a viver em grupo, em sociedade, uma vez que são conaturais a esta. A sociedade moderna, entretanto, colocou-os em maior evidência”. (FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; NERY JUNIOR, Nelson; MILARÉ, Édis. **A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 54).

sociais devem forjar a construção do direito positivo e não o oposto, o que impõe – consequentemente – uma constante e flexível evolução desta ciência. Deste contexto, adveio a visão crítica que entende como necessária a adequação dos instrumentos processuais, com o fito de ajustá-los à realidade sócio-jurídica a que se destinam.

Como evidenciado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em obra clássica que se tornou referência em âmbito nacional, uma verdadeira “revolução” está ocorrendo dentro do processo civil, a partir do momento em que o foco de preocupação se voltou para a reflexão e rediscussão de noções tradicionais daquele, a fim de se proporcionar o efetivo acesso à justiça para a proteção dos interesses difusos, coletivos ou grupais. Isso porque:

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, a um público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema.³⁷

Porém, além deste aspecto, é cabível afirmar que as ações coletivas foram concebidas em homenagem ao princípio da economia processual, pois, por meio delas, com apenas uma decisão, o Poder Judiciário resolve controvérsia que demandaria uma infinidade de sentenças individuais.³⁸

De outro lado, soma-se o fato de que a substituição do indivíduo pela coletividade torna possível o acesso à função jurisdicional, o que permite uma aproximação do Judiciário à democracia, ainda mais em se tratando de países em desenvolvimento como o nosso. Daí a pertinência da ponderação de Ada Pellegrini Grinover, no sentido de que os conflitos emergentes da transformação da sociedade (de individualista, que era, em sociedade de massa) e sua resolução adquirem um

³⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Título original: *Acess to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 49-50.

³⁸ Esta economia vista sob o ângulo processual é latente, haja vista que o Judiciário ao julgar, em um único processo, uma lide complexa que envolve inúmeras pessoas, acaba se desembaraçando de uma grande quantidade de processos que poderiam se repetir. Todavia, outrossim, como evidenciado por Antonio Gidi: “As ações coletivas promovem economia de tempo e de dinheiro não somente para o grupo-autor, como também para o Judiciário e para o réu. Para o grupo-autor, a economia proporcionada pela tutela coletiva é manifesta. Afinal, tanto o custo absoluto de litigar a controvérsia coletiva é reduzido à despesa de uma única ação, como tais despesas podem ser rateadas proporcionalmente entre os membros do grupo”. (GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 26).

caráter proeminentemente urgente em países que se encontram em desenvolvimento, pois:

se é verdade que tais conflitos são próprios da civilização pós-industrial, desenvolvida sobretudo em países de economia avançada, não se pode desconhecer a especial importância de que sua solução se reveste nos países em desenvolvimento, por significar não apenas a institucionalização de novas formas de participação na administração da justiça e de gestão racional dos interesses públicos e privados, mas por assumir relevante papel promocional de conscientização política. É como se a exigência de solução dos novos conflitos tivesse duas almas: uma adequada às sociedades mais avançadas, outra, mais necessária aos países em desenvolvimento.³⁹

Passadas essas considerações, e voltando-se ao foco, neste momento, mais especificamente, para o ordenamento jurídico pátrio, faz-se mister perceber que, embora a Constituição Federal tenha disposto sobre a proteção de interesses metaindividuais⁴⁰, estes tiveram sua real implementação por intermédio de duas importantes leis ordinárias, uma anterior, e outra, posterior à promulgação do texto constitucional, quais sejam: a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de 24.07.1985)⁴¹ e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078 de 11.09.1990). Até porque o Código de Processo Civil, de 1973, não se encontrava suficientemente pronto para fundamentar processos atinentes à tutela jurisdicional coletiva, visto que elaborado para o alicerce de lides de natureza individual.

A Lei n. 8.078 em atendimento a um mandamento constitucional contido no artigo 5º, inciso XXXII, trouxe, por meio dos dispositivos encampados em seu Título III - *Da Defesa do Consumidor em Juízo* -, “concreção e aplicabilidade a diversas normas constitucionais que corroboram, no sentido de incluir no ordenamento jurídico brasileiro não apenas a tutela individual, como também a coletiva”⁴², haja vista a disciplina processual ali regulamentada.

³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. **Revista de Processo** n. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. 1986. p. 21.

⁴⁰ A título de ilustração, é possível citar os seguintes dispositivos: artigo 5º, inciso LXX (mandado de segurança atinente a direitos coletivos); artigo 8º (defesa de direitos coletivos pelo sindicato); artigo 129, inciso III (defesa de direitos coletivos e difusos pelo Ministério Público); artigo 196 (direito à saúde); artigo 205 (direito à educação); artigo 216 (patrimônio cultural brasileiro); artigo 225 (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado).

⁴¹ Anteriormente à entrada em vigor da Lei n. 7.347, houve um primeiro passo para a tutela de direitos difusos no país com a chamada “Lei de Política Ambiental” (Lei n. 6.938/81) que, em um alcance limitado, incumbia ao órgão do Ministério Público (e tão-somente a ele) a legitimação para a tutela do meio ambiente. (Cf. FILOMENO, José Geraldo Brito. Ações coletivas: dupla comemoração. **Revista de Direito do Consumidor** n. 57. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 2007. p. 62).

⁴² Cf. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de Defesa do Consumidor interpretado**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 245.

E da combinação deste diploma legal à Lei da Ação Civil Pública, temos a força motriz da tutela de interesses transindividuais porque extensíveis a todas as espécies de demandas, cujo objetivo constitua a defesa daquelas pretensões. O artigo 21, da Lei 7.347/85, com redação dada pela Lei 8.078, determinou a aplicação dos dispositivos processuais contidos no Código de Defesa do Consumidor à defesa dos direitos coletivos *lato sensu*⁴³, ao passo que este, em seu artigo 90, fixou a aplicação às ações coletivas nele previstas das normas da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Processo Civil.⁴⁴

Por conseguinte, a leitura correta dos referidos preceitos passou a ser esta: as normas processuais do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública se interagem e complementam de forma recíproca, havendo uma subsidiariedade do Código de Processo Civil a ambas.⁴⁵

Paralelamente, com a abertura constitucional para que a tutela judicial fosse estendida a “outros interesses difusos e coletivos”⁴⁶, advieram – de forma gradual – outras leis ordinárias responsáveis pela identificação e normatização de valores relevantes na sociedade, estendendo-lhes, assim, uma proteção jurisdicional específica.⁴⁷

Desse modo, despontaram as legislações que tratam da defesa: das pessoas portadoras de deficiência (Lei n. 7.853, de 1989); dos investidores do mercado de valores imobiliários (Lei n. 7.913, de 1989); da criança e do adolescente (Lei n. 8.069, de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente); dos consumidores (Lei n. 8.078, de 1990); do erário (Lei n. 8.429, de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa); do patrimônio público (Lei n. 8.625, de 1993 – Lei Orgânica Nacional

⁴³ Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

⁴⁴ Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

⁴⁵ Cf. Ricardo de Barros Leonel. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 113; Rony Ferreira. **Coisa julgada nas ações coletivas**: restrição do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 107; Maria Fátima Vaquero Ramalho Leyser. **Ações coletivas e direitos difusos**. Campinas: Apta Edições, 2004. p. 27; Hermes Zaneti Junior. **Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 12-13; dentre outros.

⁴⁶ Cf. artigo 129, inciso III, *in fine*, da Constituição Federal.

⁴⁷ Ressalva-se que, anteriormente à promulgação do texto constitucional de 88, e inserida neste panorama da proteção coletiva, encontra-se a Lei que rege a Ação Popular (Lei n. 4.717, de 1965), constitucionalmente prevista no artigo 5º, inciso LXXIII.

do Ministério Público)⁴⁸; da ordem econômica e da livre concorrência (Lei n. 8.884, de 1994); do patrimônio genético (Lei n. 8.974, de 1995); dos torcedores (Lei n. 0.671, de 2003 – Estatuto do Torcedor)⁴⁹; dos idosos (Lei n. 10.741, de 2003).

Como se depreende, portanto, os interesses metaindividuais possuem um caráter exemplificativo em nosso ordenamento jurídico no sentido que se permite a assimilação da tutela coletiva a situações, inicialmente, não positivadas, haja vista a própria natureza e relevância social daqueles ao proporcionarem uma manifesta economia processual, somada ao acesso à justiça de pretensões pertencentes a vários indivíduos atingidos pelo dano igualmente coletivo.

1.2.1. Objeto Coletivo

Esclarecemos, de antemão, que o intuito deste tópico é o de introduzir o leitor em um contexto no qual se torne possível a visualização deste objeto coletivo – que o legislador pátrio entendeu por bem conceder guarida jurídica –, bem como sua amplitude e características essenciais, isso porque muitas das informações lançadas servirão, imprescindivelmente, de base para a compreensão geral daquilo que se tratará quando do capítulo principal do presente trabalho.

As diferentes situações jurídicas que comportam tutela coletiva na ordem jurídica brasileira encontram-se divididas, pelo artigo 81, parágrafo único, do código consumerista, em três categorias. Além de definir os direitos difusos e os coletivos *stricto sensu*, a Lei n. 8.078 estabeleceu uma nova categoria, até então não positivada, que denominou direitos individuais homogêneos.

Com efeito, como o direito não constitui uma ciência exata, as definições devem ser vistas sempre com cautelas, vez que não detêm a qualidade de esgotar o

⁴⁸ Especificamente, o artigo 25, incisos IV e VIII, da Lei n. 8.625/93, dispuseram sobre a defesa, pelo Ministério Público, do patrimônio público.

⁴⁹ O artigo 40 deste diploma legal fez expressa menção à aplicação da parte processual do Código de Defesa do Consumidor: “Art. 40. A defesa dos interesses e direitos dos torcedores em juízo observará, no que couber, a mesma disciplina da defesa dos consumidores em juízo de que trata o Título III da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990”.

conteúdo do objeto estudado. Há que se ter em mente que os fenômenos sociais não são estanques. Por outro lado, não podemos desmerecer a caracterização legislativa atribuída aos interesses em tela, vez que aquela forneceu um norte para a comunidade jurídica. Tendo em vista que, anteriormente, não existia esta tríplice divisão dos direitos transindividuais, houve uma delimitação objetiva mais detalhada de tais prerrogativas, explicita Rony Ferreira, “o que antes estava positivado de forma fragmentária nos mais variados estatutos legais, tutelando ora direitos difusos, ora coletivos, encontrou uma base legal principal, uma ‘fonte positiva unívoca’ ”.⁵⁰

Assim, definiu o parágrafo único, do artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor as espécies de direitos metaindividuais (ou coletivos *lato sensu*) passíveis de proteção coletiva:

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

[...]

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

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

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Denota-se, que a legislação consumerista utilizou certos parâmetros básicos quando do tratamento do tema, quais sejam: o critério subjetivo (ao estabelecer a titularidade do direito material); o objetivo (ao especificar o objeto tutelado e sua divisibilidade) e o de origem (ao delimitar a origem do direito material).

Desta feita, por meio desses pontos centrais, apresentaremos as características afetas àqueles interesses, sem pretender – por certo – esgotar a matéria. Vejamos.

O artigo 81, parágrafo único, inciso I do Código de Defesa do Consumidor dispõe que os interesses ou direitos difusos são “os transindividuais, de natureza

⁵⁰ Op. cit. p. 107.

indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Subjetivamente, verifica-se que os chamados direitos/interesses difusos constituem aqueles cujos titulares não são determináveis. É dizer, nesta esteira, que os detentores de referido direito subjetivo são indeterminados, bem como indetermináveis na medida em que não se torna possível a tentativa de identificá-los um a um, de forma individualizada, pois se trata de uma espécie de direito que atinge simultaneamente várias pessoas.

No tocante a essa indeterminação dos sujeitos, anota Rodolfo de Camargo Mancuso que “a relevância jurídica do interesse não mais advém de sua afetação a um titular determinado, mas do fato do interesse concernir a toda coletividade ou a todo um segmento dela, justificando-se, assim, o trato coletivo do conflito”.⁵¹

Assim, ainda que os titulares não possam ser identificados, os direitos difusos ligam-se à idéia de uma coletividade, esta podendo confundir-se, muitas vezes, com o interesse da sociedade como um todo; todavia (frise-se) não necessariamente.⁵²

Nesse sentido, pronuncia-se Antonio Gidi: “[...] o direito difuso pertence a uma comunidade formada de pessoas indeterminadas e indetermináveis. [...] uma determinada comunidade, fluida e mais, ou menos, ampla, a depender da esfera de abrangência do direito material em questão”.⁵³

⁵¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 94.

⁵² No ponto, conforme demonstrado por Hugo Nigro Mazzilli: “Há interesses difusos: a) tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público (como o do meio ambiente como um todo); b) menos abrangentes que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo disperso, mas que não chegam a confundir-se com o interesse geral da coletividade (como o dos consumidores de um produto); c) em conflito com o interesse da coletividade como um todo (como os interesses dos trabalhadores na indústria do tabaco); d) em conflito com o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica (como o interesse dos contribuintes); e) atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si (interesses transindividuais reciprocamente conflitantes, como os dos que desfrutam do conforto dos aeroportos urbanos, ou da animação dos chamados trios elétricos carnavalescos, em oposição aos interesses dos que se sentem prejudicados pela correspondente poluição sonora). Não são, pois, os interesses difusos mera subespécie de interesse público. Embora em muitos casos possa até coincidir o interesse de um grupo indeterminável de pessoas com o interesse do Estado ou o interesse da sociedade como um todo (como o interesse ao meio ambiente sadio), a verdade é que nem todos interesses difusos são compartilhados pela coletividade ou comungados pelo Estado”. (Op. cit. p. 51).

⁵³ GIDI, Antonio. **Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 22. Além disso, esta indeterminabilidade não precisa ser absoluta, consoante ressalva Aluisio Gonçalves de Castro Mendes: “Não se exige que a indeterminabilidade seja absoluta, mas apenas que seja difícil ou irrazoável. Desse modo, os titulares de uma pequena comunidade ou cidade, diante de um problema ambiental eminentemente local, serão, para fins de enquadramento no sistema brasileiro, considerados como indeterminados”. (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações**

Quanto à origem, em matéria de direito difuso, o liame que une tais indivíduos é fático, ou seja, não existe uma relação jurídica-base entre eles. São, assim, circunstâncias de fato, objetivamente consideradas, as responsáveis pela ligação entre as pessoas envolvidas. Seria o caso de fatos comuns, por exemplo, a circunstância de habitarem, todas essas pessoas, em uma determinada região, ou de ficarem sujeitas às conseqüências de determinada obra pública, ou ainda, de utilizarem um mesmo produto disponível no mercado, e assim por diante.

Consoante o magistério de Ada Pellegrini Grinover, “[...] entendem-se por interesses difusos aqueles que, não se fundando em um vínculo jurídico, repousam sobre dados freqüentemente genéricos e contingentes, acidentais e mutáveis: morar na mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas circunstâncias sócio-econômicas, submeter-se a particulares empreendimentos”.⁵⁴

Em continuidade, no que tange ao aspecto objetivo, o Código explicitou que os direitos difusos possuem natureza indivisível. Em outras palavras: o objeto dos interesses difusos é indivisível na medida em que a pretensão, compartilhada por um número indeterminável de pessoas, não comporta quantificação ou divisão entre os membros da coletividade. É dizer, desse modo, que “o próprio interesse em si é indivisível”⁵⁵ e; conseqüentemente, o dano causado também o será.

Esta característica de indivisibilidade, pois, liga-se ao fato de que é impossível repartir o proveito, e tampouco o prejuízo, haja vista que a lesão ocasionada tem o condão de atingir a todos individualmente, bem como a preservação a todos é aproveitável.⁵⁶

Sobre este ponto, nos cabe considerar o respeitável escólio de José Carlos Barbosa Moreira ao estabelecer que:

Não se trata de uma justaposição de litígios menores, que se reúnem para formar um litígio maior. Não. O seu objeto é por natureza indivisível, como acontece, por exemplo, em matéria de proteção do meio ambiente, em matéria de defesa da flora e da fauna, em matéria de tutela dos interesses de preservação do patrimônio histórico, artístico, cultural, espiritual da sociedade; e como acontece também, numerosas vezes, no terreno da proteção do consumidor, por exemplo, quando se trata de proibir a venda, a exploração de um produto considerado perigoso ou nocivo à saúde. Não se está focalizando, nessa perspectiva, o problema isolado de cada

Coletivas no Direito Comparado e Nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, v. 4. p. 219-220).

⁵⁴ **As garantias constitucionais...**, op. cit. p. 22.

⁵⁵ Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit. p. 52. No mesmo sentido, v. Kazuo Watanabe (**Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 802).

⁵⁶ Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. Op. cit. p. 99.

pessoa, e sim algo que necessariamente assume dimensão coletiva e incindível, do que resulta uma conseqüência muito importante [...] Em que consiste esta conseqüência? Consiste em que é impossível satisfazer o direito ou o interesse de um dos membros da coletividade sem ao mesmo tempo satisfazer o direito ou o interesse de toda a coletividade, e vice-versa: não é possível rejeitar a proteção sem que essa rejeição afete necessariamente a coletividade como tal. Se quiserem um exemplo, podemos mencionar o caso de um litígio que se forme a propósito de uma mutilação da paisagem. É impensável que a solução, seja ela qual for, aproveite a alguns e não aproveite a outros dos membros dessa coletividade. A solução será, por natureza, unitária, incindível. Ou a paisagem é protegida, é preservada, e todos os interessados são juridicamente satisfeitos, ou a paisagem não é preservada, e nenhum dos interessados na sua preservação terá satisfação jurídica.⁵⁷

De fato, como o objeto ou bem jurídico que se visa a proteger não pode ser fracionado, exatamente por atingir e pertencer a todos indistintamente, uma vez violado, as implicações atingem uma feição geral, ou seja, a lesão ao direito de um único interessado importa em lesão ao direito de todos.⁵⁸

Sobre a característica da indivisibilidade, pertinente a observação feita por Rodolfo de Camargo Mancuso no sentido de que aquela advém da peculiaridade inerente aos interesses denominados difusos, cuja existência não se afeta ou altera, “pelo fato de virem a ser exercitados ou não, remanescendo, por assim dizer, num estado fluído, ao interior da sociedade”.⁵⁹ Acrescenta, pois o autor:

Assim é que os debates e controvérsias em torno dos interesses concernentes à “qualidade de vida” continuarão a existir sempre, independentemente do sucesso, fracasso e do número de ações judiciais propostas e esse respeito; isto é devido ao fato de que o objeto mesmo é fluído, esparso por um número indeterminado de sujeitos, e por isso não se esgota nem se extingue pelo fato de ser exercido por alguns desses sujeitos. (Pense-se no interesse à defesa do erário, que segue inalterado e de constante atualidade, independentemente do número de ações populares que venham a ser propostas, exitosas ou não).⁶⁰

Por serem indivisíveis, portanto, os direitos difusos adquirem um caráter de atualidade na medida em que persistem mesmo não sendo exercitados ou defendidos em juízo.

Assim sendo, em prosseguimento ao nosso estudo, compete-nos analisar a segunda categoria de direitos metaindividuais arrolados pelo legislador, quais sejam:

⁵⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo** n. 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1991. p. 188.

⁵⁸ Neste contexto, nos alerta Luís Roberto Barroso que o objeto difuso não pode ser fruído individualmente, em quotas-parte, nem tampouco pode ser alvo de disposição por qualquer dos cotitulares interessados. (BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana. **Revista de Processo** n. 130. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2005. p. 134).

⁵⁹ Op. cit. p. 99.

⁶⁰ Ibid. p. 99.

os direitos coletivos *stricto sensu*. São eles, segundo dispõe o artigo 81, parágrafo único, inciso II: “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”.

Os direitos coletivos, em sentido estrito, constituem direitos transindividuais que se encontram organizados e aglutinados junto a grupos sociais definidos. Seus titulares são indivíduos igualmente indeterminados, como ocorre nos direitos difusos; entretanto, este aspecto é tão-somente momentâneo, pois, no caso dos interesses coletivos, as pessoas são indeterminadas a princípio, mas determináveis. Isso porque há como se estabelecer, de forma individualizada, os membros do grupo, categoria ou classe. Como observa Luiz Antonio Rizzato Nunes: “[...] para a verificação da existência de um direito coletivo não há necessidade de se apontar concretamente um titular específico e real. Todavia, esse titular é facilmente determinado, a partir da verificação do direito em jogo”.⁶¹

Essa determinabilidade dos sujeitos consiste em um dos elementos diferenciadores entre o interesse difuso e o interesse coletivo, haja vista que no primeiro, como visto, aquela dificilmente ocorrerá. Nesse sentido, explana Kazuo Watanabe que o traço distintivo entre as duas categorias é justamente a “determinabilidade das pessoas titulares, seja por meio da relação base que as une (membros de uma associação de classe ou ainda acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, prestamistas de um mesmo sistema habitacional ou contratantes de um segurador com um mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola etc.)”.⁶²

Partindo, pois, deste cotejo entre as duas espécies avulta aos olhos um segundo aspecto divergente apoiado na origem das pretensões. Destarte, enquanto nos direitos difusos o liame que une os indivíduos provém de fatos circunstanciais, contingenciais; no caso dos direitos coletivos deve haver, necessariamente, uma relação jurídica (vínculo jurídico) interligando determinadas pessoas.

Logo, consoante a assertiva de Ada Pellegrini Grinover,

[...] existe um vínculo jurídico, ou uma relação jurídica base, que une as pessoas pertencentes ao grupo: como os filiados a um sindicato, os

⁶¹ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 691

⁶² Op. cit. p. 805.

membros de uma entidade associativa, as pessoas interessadas na preservação ambiental ou na eliminação da propaganda enganosa, que se associam para a defesa de seus interesses de categoria ou de classe.⁶³

É sobretudo importante assinalar que a relação jurídica-base referida pelo Código deverá assumir um caráter de anterioridade, ou seja, o vínculo de direito deverá ser prévio e já existir quando da ocorrência de lesão ao direito coletivo. Por isso, vê-se que o legislador fez uso do vocábulo “base” na expressão “relação jurídica”, haja vista que também existe a relação jurídica nascida do próprio dano.⁶⁴

Além disso, é forçoso visualizar as duas hipóteses atinentes à origem do direito coletivo *stricto sensu*: a existência de uma relação jurídica a) entre os membros de determinada coletividade entre si; ou b) entre eles e a parte contrária. A respeito, leciona Aluisio Gonçalves de Castro Mendes: “[...] o vínculo de direito entre os interessados não constitui condição *sine qua non* para a caracterização do interesse ou direito como coletivo, em sentido estrito, na medida em que a relação pode ser, tão-somente, com a parte contrária, nos termos da parte final do inciso II do art. 81”.⁶⁵

Nesse particular, portanto, conclui-se que a relação jurídica poderá se dar entre os membros pelo fato de sua organização em torno de um ente exponencial (classe, categoria...) ⁶⁶ ou mesmo pela ligação daqueles com a “parte contrária”.

No primeiro momento, teríamos, *v. g.*, uma associação de profissionais, como os jornalistas filiados à Associação Brasileira de Propriedade Intelectual dos Jornalistas Profissionais (APIJOR), ou mesmo os advogados inscritos na entidade de classe conhecida por Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); no segundo, os

⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança Coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada. **Revista de Processo** n. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 1990. p. 78.

⁶⁴ Conforme, dentre outros: Antonio Gidi (**Coisa Julgada...**, op. cit. p. 24); Gregório Assagra de Almeida (**Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual** (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 803-804) e Kazuo Watanabe (Op. cit. p. 803-804).

⁶⁵ Op. cit. p. 210.

⁶⁶ São exemplos de tais grupos: a família, os partidos políticos, os sindicatos, as associações etc. (Cf. Rodolfo de Camargo Mancuso, op. cit. p. 63 e passim). Tratam-se, pois, de segmentos organizados, corpos intermediários na sociedade civil, cuja presença tende a se acentuar contemporaneamente como forma de democracia participativa. É o que prescreve Ronaldo Lima dos Santos: “Esses corpos ou instâncias intermediárias são configurações sociais que, acentuadamente, vêm ganhando espaço na sociedade moderna. Nasce da tensão entre o indivíduo e a sociedade, da divergência entre o universal e o particular. Configura um modo indireto de inserção do indivíduo na totalidade social. São os denominados grupos sociais, grupos de pressão, grupos intermediários, corpos intermediários e, ainda, instâncias intermediárias. São associações, sindicatos, entidades de classe, organizações não governamentais (ONGS), etc”. (SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e Ações Coletivas: Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**. São Paulo: LTr, 2003. p. 266).

contribuintes de determinado imposto (IPVA, IPTU, etc.), os quais ligam-se ao ente estatal responsável pela tributação, configurando-se como 'grupo de pessoas'.

Em verdade, no campo das relações de consumo, podemos identificar várias situações em que esteja presente uma relação jurídica-base entre os membros da coletividade e a parte contrária, a título de ilustração, por exemplo: clientes de um banco, usuários de uma empresa de cartão de crédito, conveniados de uma empresa de assistência médica.

Por fim, sobre o aspecto objetivo, observa-se que – da mesma maneira que nos difusos – o objeto ou o bem jurídico ao qual se volta o interesse coletivo é indivisível, uma vez que pertence a todos em conjunto e simultaneamente. Por oportuno, deve ser registrado o entendimento de Luiz Paulo da Silva Araújo Filho:

A alusão a *transindividuais de natureza indivisível* nos incs. I e II do parágrafo único do art. 81 do CDC, [...] somente poderia significar que tanto os interesses difusos como os interesses coletivos referem-se a bens (*latissimo sensu*) insuscetíveis de divisão (mesmo ideal) em quotas atribuíveis individualmente a cada qual dos interessados, que deles não podem, portanto, usufruir com exclusividade, e que transcendem, *ipso facto*, a individualidade.⁶⁷

De fato, para a realização das necessidades dos indivíduos ligados à coletividade, ao grupo, categoria ou classe faz-se imperiosa esta qualidade do interesse, que implica – conseqüentemente – a satisfação de todos quando este é respeitado, bem como a lesão igualmente geral na hipótese de sua violação.

Em derradeiro, compete-nos tecer algumas considerações à terceira e última categoria expressa pelo Código de Defesa do Consumidor: os interesses e direitos individuais homogêneos.

Pela definição trazida ao artigo 81, parágrafo único, inciso III observa-se que direitos ou interesses individuais homogêneos são “os decorrentes de origem comum”.

No que respeita ao aspecto subjetivo, seus titulares são pessoas perfeitamente individualizadas, que – apesar de indeterminadas à primeira vista – podem ser determináveis, pois seus direitos apresentam-se, igualmente, individualizados.

⁶⁷ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Sobre a distinção entre interesses coletivos e interesses individuais homogêneos. *In*: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 80.

Nos direitos individuais homogêneos, há um sujeito ativo determinado e plural, haja vista que “os sujeitos são sempre mais de um e determinados. Mais de um porque, se for um só, o direito é individual simples, e determinado porque, neste caso, como o próprio nome diz, apesar de homogêneo, o direito é individual”.⁶⁸

Outrossim, na concepção de Antonio Gidi, os direitos individuais homogêneos apresentam-se como “um feixe de direitos subjetivos individuais marcado pela notada divisibilidade, de que é titular uma comunidade de pessoas indeterminadas mas determináveis”.⁶⁹

Trata-se, por conseguinte, de direitos com titulares certos. Convém salientar que essa falta de indivisibilidade, característica dos interesses individuais homogêneos quanto aos seus titulares, atinge também o enfoque objetivo. Isso porque o objeto do direito material mostra-se como cindível.

Nesse sentido, expõe Hugo Nigro Mazzilli: “[...] nos interesses individuais homogêneos, os titulares são determinados ou determináveis, e o objeto da pretensão é divisível (isto é, o dano ou a responsabilidade se caracterizam por sua extensão divisível ou individualmente variável entre os integrantes do grupo)”.⁷⁰

Logo, é possível que não se atribua um tratamento unitário obrigatório a esses direitos, admitindo-se, com efeito, o ajuizamento de demandas individuais com a adoção de soluções diferentes para os interessados.

Vê-se, dessa forma, que os interesses/direitos em jogo são, *a priori*, individuais, todavia pelo fato de envolverem uma pluralidade de pessoas, a tutela pode ser realizada coletivamente.

Ademais, é de se ressaltar que essa proteção a título coletivo é possível porque os direitos provêm de uma origem comum, conforme estabeleceu o Código, que pode ser fática ou de direito, geradora da lesão.⁷¹ Um exemplo seria o das vítimas de um acidente aéreo que pleiteiam, conjuntamente, as devidas indenizações por parte da companhia aérea. Outra situação hipotética consistiria em direitos ou interesses individuais homogêneos procedentes da aquisição, por várias pessoas perfeitamente determináveis, de veículos de uma determinada marca, ano e série, com defeitos de fabricação.

⁶⁸ Cf. NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Op. cit. p. 694.

⁶⁹ **Coisa Julgada**..., op. cit. p. 30.

⁷⁰ Op. cit. p. 54.

⁷¹ Cf. Gregório Assagra de Almeida (Op. cit. p. 492); Kazuo Watanabe (Op. cit. p. 806) e Antonio Gidi (**Coisa Julgada**..., op. cit. p. 32-33).

Não se mostra, contudo, necessário que a circunstância geradora ocorra em um só lugar ou em um mesmo momento; importa que aquela atinja direitos e deveres de diversos titulares de pretensões individuais. Permitimo-nos transcrever, no ponto, os ensinamentos de Watanabe a fim de dirimir qualquer equívoco. Segundo o autor, a expressão “origem comum”:

[...] não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos de uma homogeneidade tal que os tornam a “origem comum” de todos eles.⁷²

Destarte, os direitos individuais homogêneos possuem em comunhão a procedência da conduta (comissiva ou omissiva) da parte contrária. E a homogeneidade, por sua vez, decorre da circunstância dos interesses terem seu surgimento de uma mesma origem, fática ou jurídica.

Sobre essa homogeneidade, esclarece Antonio Gidi, que ela poderia ser vista como relacional, pois “um direito individual é homogêneo apenas ‘em relação’ a outro direito individual derivado da mesma origem (origem comum). Não há ‘um’ direito individual homogêneo, mas direitos individuais homogeneamente considerados”.⁷³

Além disso, fala-se em homogeneidade na medida que as peculiaridades, inerentes a cada caso concreto, tendo em vista a esfera pessoal de cada uma das vítimas ou sucessores, tornam-se irrelevantes juridicamente para fins de tutela coletiva daqueles direitos individuais. É o que muito bem ressalta Gidi:

Como a homogeneidade decorre tão-só e exclusivamente da origem comum dos direitos, estes não precisam ser iguais quantitativa ou qualitativamente. Assim, da mesma forma que o *quantum* de cada prejuízo individual é algo peculiar e irrelevante para a caracterização da homogeneidade de tais direitos, esses prejuízos individualmente sofridos podem ser das mais variadas espécies (patrimoniais, morais, lucros cessantes, danos emergentes etc.) sem comprometimento à referida homogeneidade. Afinal, o “homogêneo” aqui não se refere à identidade ou igualdade matemática entre os direitos, mas a um núcleo comum que permita um tratamento universal e globalizante para todos os casos.

As peculiaridades de cada caso individual são aferidas apenas na fase de liquidação da sentença coletiva.⁷⁴

Igual entendimento expõe Luiz Antonio Rizzatto Nunes:

⁷² Op. cit. p. 806.

⁷³ **Coisa Julgada...**, op. cit. p. 30.

⁷⁴ **Coisa Julgada...**, op. cit. p. 32.

[...] apesar de ser de origem comum, não se exige, nem se poderia exigir, que cada um dos indivíduos atingidos na relação padeçam do mesmo mal. Aliás, não só o aspecto do dano individualmente considerado será oportunamente apurado em liquidação de sentença, como o fato de serem tais danos diversos em nada afeta a ação coletiva de proteção e apuração dos danos ligados aos direitos individuais homogêneos.⁷⁵

Feitos, assim, breves esclarecimentos sobre as notas identificadoras desta categoria de direitos, nos revela imperioso explicitar que sua inserção como espécie dos interesses coletivos *lato sensu* já foi criticada pela doutrina.

Nesse sentido, posicionou-se Teori Albino Zavascki, para quem um feixe de interesses individuais não se transforma em interesse coletivo, pelo só fato do exercício ser coletivo. Aduziu, assim: “Direitos individuais, conquanto homogêneos, são direitos individuais e não transindividuais. Peca por substancial e insuperável antinomia afirmar-se possível existência de direitos individuais transindividuais”.⁷⁶

Porém, como contrapôs Ricardo de Barros Leonel, o que sucedeu:

[...] foi expressa opção do legislador, e embora não sejam “coletivos” na essência, tais interesses o são formalmente ou acidentalmente para fins de tratamento processual. [...]

Sua implementação configura opção de política legislativa. [...]

A opção da via coletiva colima o alcance da economia processual e da efetividade do processo, evitar o conflito lógico de julgados em situações absolutamente similares e permitir a imprescindível implementação do acesso à justiça.⁷⁷

Acrescenta-se, ainda, que ao se estender a tutela jurisdicional coletiva em se tratando de interesses cindíveis, perfeitamente partíveis, contribui-se de forma significativa para o desafogamento do Poder Judiciário, o que significa um benefício indireto para toda a sociedade, porque, em um único processo, problemas que, tradicionalmente, seriam solucionados em numerosas demandas individuais, encontram resolução unificada.

Para Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Junior, a importância da nova categoria fixada pelo Código de Defesa do Consumidor é manifesta, pois:

Sem sua criação pelo direito positivo nacional não existiria possibilidade de tutela “coletiva” de direitos individuais com natural dimensão coletiva em razão de sua homogeneidade, decorrente da massificação/padronização das relações jurídicas e das lesões daí decorrentes. A “ficção jurídica”

⁷⁵ Op. cit. p. 695.

⁷⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Processo** n. 78. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. – jun. 1995. p. 34.

⁷⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007. v. 4. p. 108.

atende a um imperativo do direito, realizar com efetividade a Justiça frente aos reclames da vida contemporânea.⁷⁸

Além do mais, em que pese o fato de os interesses individuais homogêneos comportarem uma proteção a título individual, por intermédio do ajuizamento de ações separadas; em muitos casos, a tutela das pretensões de forma coletivizada desponta como mais satisfatória e adequada, principalmente diante de lides individuais de pequeno montante econômico em contraposição à grandeza da parte contrária causadora do dano, pois, nessas hipóteses, o autor individual pode sentir-se intimidado a ingressar em juízo.⁷⁹

Esta situação de insignificância do indivíduo isolado *versus* a força do grupo foi descrita por Waldemar Mariz de Oliveira Júnior:

Muitas vezes, quem sofre um dano pessoal não se encontra em condições de pleitear, judicialmente, a sua reparação, quanto mais pretender adequada tutela contra a violação de direitos da coletividade! Imagine-se alguém que tenha sofrido determinado prejuízo com a aquisição de um produto nocivo à saúde, colocado no comércio por uma indústria alimentar, e que causou danos a centenas ou milhares de pessoas. Esse consumidor sofreu um prejuízo que, no contexto geral, é muito pequeno para animá-lo a agir contra um adversário que lhe é infinitamente superior, econômica e financeiramente. Se tentasse isoladamente, isto é, se pleiteasse o ressarcimento do dano pessoal que sofreu, a condenação da indústria em questão não teria qualquer consequência eficaz no aspecto coletivo, pois ela a suportaria tranqüilamente. Em outras palavras, uma condenação assim isolada não afetaria em nada o potentado que causou o prejuízo a toda uma coletividade. Seria a picada de uma agulha em um elefante... Por outro lado, é de considerar-se que esse mesmo ofendido dificilmente sairia à liça para agir por toda uma classe, ou grupo ou comunidade, porquanto, se o fizesse, estaria expondo-se a riscos de toda sorte, inclusive correndo o perigo de sujeitar-se a pagamento de custas processuais e honorários advocatícios elevados, no caso de derrota. Na realidade, tantas seriam as dificuldades e os riscos, que o cidadão poderia expor-se facilmente ao ridículo.⁸⁰

⁷⁸ Op. cit. p. 76.

⁷⁹ Proveitoso exemplo é visualizado por Pedro Lenza. O autor expõe que no caso de um defeito em série de veículos automotores, como a falta de luz de ré, os compradores poderiam não se sentir encorajados a ajuizarem uma ação coletiva contra a concessionária: “Individualmente, talvez fosse até mais econômico se cada lesado comprasse a luz de ré em qualquer loja de peças e, por si, providenciasse o reparo no veículo. A grande maioria, havendo resistência por parte da concessionária em entregar a luz de ré, não iria “bater às portas do Judiciário”, principalmente em razão do valor envolvido e dos gastos que poderiam sofrer”. (LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 95). Tratam-se, como exposto por Luiz Manoel Gomes Júnior, de direitos individuais homogêneos consubstanciados em danos de pequeno valor, também denominados delitos de bagatela, os quais “não justificam, sob o ponto de vista econômico, o ajuizamento de uma demanda individual”. (**Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 10).

⁸⁰ OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de Oliveira. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos. **Revista de Processo** n. 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1984. p. 13-14. Este quadro também foi enfrentado por Antonio Gidi ao esclarecer que “uma outra situação em que a importância das ações coletivas é manifesta são as condutas ilícitas cometidas em larga escala, prejudicando um grande número de pessoas de forma singular. Isso é verdade principalmente nos casos em que, muito embora o valor total do dano causado ao grupo seja elevado, as

Nesse panorama, portanto, fica patenteada a intenção de política legislativa em propiciar a maior amplitude possível da tutela jurisdicional ao inserir os direitos individuais homogêneos na seqüência dos difusos e dos coletivos em sentido estrito (artigo 81 e incisos do Código de Defesa do Consumidor)⁸¹, pois se alivia a sobrecarga do Poder Judiciário, impede-se a eventual contradição de julgados advinda das ações ajuizadas individualmente, bem como se permite e amplia-se o acesso à Justiça, principalmente, em se tratando de conflitos em que o valor diminuto do benefício que se pretende obter constitui manifesto desestímulo para o ajuizamento da demanda por parte do indivíduo. Ainda, neste particular, transcrevemos a posição registrada por Ricardo Castilho com que comungamos:

[...] negar que se possa atribuir o qualificativo de *transindividual* ou *coletivo* ao gênero englobador das três espécies de direitos trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor significa dificultar a abordagem do tema, na medida em que não haverá uma nomenclatura denominadora das três espécies conjuntamente. Ou seja, se for adotado com relação à terminologia o rigorismo das definições de cada direito, se estará inviabilizando possa ser usado um nome designador do gênero. E isso é pragmaticamente improdutivo.⁸²

correspondentes pretensões individuais são tão dispersas e tão reduzidas, que a propositura de ações individuais por cada lesado seria financeiramente inviável e irrealista [...]. Esse tipo de violação em massa dos direitos é extremamente corriqueiro no mundo moderno, em que uma simples decisão de uma empresa pode prejudicar, de uma só vez, milhares ou milhões de pessoas, principalmente nas áreas do consumidor, antitruste e mercado de valores. Em face da notória disparidade entre o indivíduo membro do grupo lesado e a empresa violadora, em termos de informação, organização e capacidade financeira, negar a possibilidade de tutela coletiva dos direitos lesados, em tal situação, significa negar a tutela jurisdicional de tais direitos". (**A class action...**, op. cit. p. 30).

⁸¹ Oportunamente, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira faz a seguinte reflexão: "É fora de dúvida que o direito processual, como fenômeno cultural, constitui produto exclusivo do homem, sendo por consequência inevitavelmente empolgado pelo conceito, um tanto fluídico, é verdade, de liberdade. Por isso mesmo, o tecido interno do processo forma-se pela confluência de idéias, projetos sociais, utopias, interesses econômicos, sociais, políticos e estratégias de poder reinantes em determinada sociedade, com notas específicas de tempo e espaço. Constitui, portanto, um grave equívoco, assimilá-lo, apesar de seu caráter formal, a um mero ordenamento de atividades, dotado de cunho exclusivamente técnico, composto por regras estabelecidas de modo totalmente arbitrário pelo legislador. A estrutura mesmo do processo civil não é moldada pela simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente por escolhas de natureza política, em busca dos meios mais adequados e eficientes para a realização dos valores, especialmente os de conteúdo constitucional. Esses valores, no fundo, é que estruturam a vida jurídica de cada povo, de cada nação, de cada Estado". (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo I**, p. 1. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo24.htm>>. Acesso em: 25 mar. 2007).

⁸² CASTILHO, Ricardo. **Acesso à justiça: tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 46. A propósito, encarece a importância do acórdão unânime do Supremo Tribunal Federal, pois solidifica um entendimento acerca do debate doutrinário envolvendo os direitos individuais homogêneos. Assim dispôs a ementa: "[...] 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. **Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de**

Insta acentuar, nessa conjuntura, que o objeto a que se atrela a ação de mandado de segurança apresenta caracteres singulares, como visto, e que as três espécies, pois, de direitos metaindividuais foram elencadas e definidas pela própria Lei, no caso o artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor.

Em verdade, não poderia ser diferente, pois a inerente complexidade daqueles interesses exigia que nosso legislador assim o fizesse no afã de tornar operativa a sua tutela e, também, de dirimir eventuais dúvidas que retardassem ou impedissem a efetiva proteção jurisdicional de inúmeras situações jurídicas.

Desta feita, após as menções realizadas, infere-se que os interesses ou direitos difusos apresentam-se, basicamente, como aqueles derivados de circunstâncias fáticas as quais podem atingir um número indeterminado (e indeterminável) de indivíduos que compartilham da fluidez e indivisibilidade de um mesmo objeto; que, uma vez violado, desrespeitado gera um dano uniforme, no sentido de atingir a todos os membros da coletividade de maneira indistinta.

Por sua vez, como notas caracterizadoras basilares dos interesses e direitos coletivos *stricto sensu* figuram: a existência de titulares passíveis de determinação que compartilham de uma mesma pretensão (natureza transindividual do bem jurídico) e encontram-se ligados, por meio de uma relação jurídica pré-existente, a um grupo organizado e determinado ou a uma “parte contrária”, conforme estabeleceu a norma legal.

Demais disso, os direitos individuais homogêneos como nos revela a própria denominação legal, constituem direitos cujos titulares podem ser facilmente individualizados, identificados, mas que são abarcados pelo processo coletivo, em razão da origem comum e da homogeneidade das pretensões, as quais sofreram um dano massificado pelo agente causador. Trata-se, portanto, de possibilitar uma proteção molecular de direitos individuais de dimensão coletiva.

Nesse passo, desponta como inegável que a opção legislativa em incluí-los como direitos coletivos *lato sensu* ou metaindividuais guarda vários escopos, dentre eles: a economia processual e a efetividade do processo, ao se evitar a proliferação de demandas, bem como de julgados conflitantes; o desafogamento da máquina judiciária, pois a decisão da questão trazida ao bojo de uma única ação contribui para o benefício tanto dos demandantes quanto, de modo indireto, da sociedade; a

prevenção de lides em que o valor econômico do dano seja reduzido, chamado delito de bagatela pela doutrina, ou mesmo na hipótese em que os membros do grupo individualmente considerados não detenham uma adequada preparação financeira e organizacional, a fim de enfrentar, em uma ação judicial coletiva, a parte contrária; diferentemente, pois, seria se aqueles estivessem atuando conjuntamente, em grupo.

A perquirição, portanto, no sentido de se estabelecer se ação coletiva mandamental presta-se à defesa dessas três categorias de direitos mostra-se crucial. Malgrado, ressaltamos que este assunto será analisado especificamente quando do capítulo principal do presente trabalho.⁸³

⁸³ V. adiante item 3.3.

2. REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

2.1 WRIT COLETIVO DIANTE DO INDIVIDUAL: AUTONOMIA OU VINCULAÇÃO?

Importante identificar, neste ponto do nosso trabalho, se o mandado de segurança coletivo configura instituto totalmente novo e autônomo perante a figura do inciso LXIX, do artigo 5º, da Constituição Federal, ou se, uma vez existindo no nosso ordenamento atual duas espécies de mandado de segurança, o individual e o coletivo, este absorve, devido à sua natureza, as características e requisitos comuns a ambas as espécies.

José da Silva Pacheco, ao realizar o exame dos antecedentes legislativos do *mandamus* coletivo, demonstra que este constava, inicialmente, em parágrafo único do artigo referente ao mandado de segurança individual, o que lhe garantia a aplicação de todas as condições do *caput* e que, atualmente, ainda se dá a vinculação ao inciso LXIX, do artigo 5º:

No anteprojeto de Constituição da Comissão de Sistematização, figuravam, no Título II, sobre os direitos e liberdades fundamentais: os direitos individuais (Cap. I), os direitos sociais (Cap. II) os direitos coletivos (Cap. III), a nacionalidade (Cap. IV) e a soberania popular (Cap. V). No Título III, sobre as garantias constitucionais, arrolavam-se, expressamente, no art. 33, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, a ação popular, a ação penal privada subsidiária, a ação requisitória de informações e exibição de documentos e a ação de declaração de inconstitucionalidade.

Em se referindo ao mandado de segurança, dizia o art. 36 que “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, individual ou coletivo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, seja o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado”. No parágrafo único a esse artigo enunciava-se que “o mandado de segurança coletivo, para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, pode ser impetrado por partidos políticos, organizações sindicais, associações de classe e associações legalmente constituídas, em funcionamento há, pelo menos, um ano, na defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

Verifica-se, pois, que o mandado de segurança coletivo constava, adequadamente, como parágrafo do dispositivo sobre mandado de segurança, aplicando-se-lhe todas as condições e requisitos estabelecidos no *caput* do artigo.

Transformado o parágrafo no item LXX do art. 5º, de ntro do Título II, sobre os direitos e garantias fundamentais, no capítulo sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, não repetiu as condições do item anterior de n. LXIX, mas é curial que tais requisitos são imprescindíveis.

Não se pode deixar de reconhecer que melhor se assentava a disposição como parágrafo único. A nova disposição, todavia, não elide a necessidade de ater-se aos pressupostos estabelecidos no item LXIX do art. 5º, que se referem ao mandado de segurança, sem distinção. E como este pode ser, hoje em dia, singular ou coletivo, a ambos se exigem os mesmos requisitos básicos.⁸⁴

Doutra parte, posiciona-se Francisco Antonio de Oliveira: “Temos para nós que o mandado de segurança coletivo é espécie do gênero mandado de segurança, até então caracterizado pela espécie singular, agora singular e coletivo”.⁸⁵

E finaliza assentando:

[...] não nos parece que se alce em instituto autônomo, embora reconheçamos tenha suas peculiaridades próprias (abrangência e substituição processual). Enquanto na forma singular objetiva a defesa de direito individual, na forma coletiva tem por escopo a defesa de um interesse coletivo, distinguindo-se ambos pela legitimação ativa.⁸⁶

José Rogério Cruz e Tucci, no mesmo pensar, considera o instituto “espécie do mandado de segurança”.⁸⁷

Athos Gusmão Carneiro assinala que “não estamos frente a (sic) um novo instituto jurídico, mas sim a Constituição veio, apenas, ampliar o elenco das pessoas capacitadas ao ajuizamento da garantia mandamental, para tanto utilizando a técnica da substituição processual”.⁸⁸ Pontua ainda: “Para o ajuizamento do mandado de segurança coletivo são exigíveis os mesmos pressupostos do mandado de segurança individual”.⁸⁹

Para Maria Fátima Vaquero Leyser, “A ligação entre o mandado de segurança individual e o coletivo é evidente, sendo certo que o constituinte deixou de definir os contornos deste último, porque já o fizera em relação ao primeiro no inciso LXIX, do artigo 5º, da Constituição Federal”.⁹⁰

⁸⁴ Op. cit. p. 322-323.

⁸⁵ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Mandado de segurança e controle jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 222.

⁸⁶ Ibid. p. 222.

⁸⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **“Class Action” e Mandado de Segurança Coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 38.

⁸⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o mandado de segurança coletivo. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n. 54, mar. 1992. p. 54.

⁸⁹ Ibid. p. 55.

⁹⁰ LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. **Mandado de Segurança: Individual e Coletivo**. São Paulo: Wvc, 2002. p. 157.

Carlos Alberto Pimentel Uggere, apreciando a matéria, se manifestou no sentido de que não é bastante, para ser classificado o mandado de segurança coletivo como espécie do mandado de segurança tradicional, a simples identidade de pressupostos constitucionais aplicáveis aos dois institutos. Para ele, torna-se necessária a observância de outros fatores, como a legitimação diferenciada conferida ao *mandamus* coletivo, bem como o objeto e a natureza dos interesses que poderão ser resguardados pelo procedimento. Assim ponderou o autor:

Não parece relevante a discussão sobre a questão da necessária observância dos pressupostos constitucionais traçados para o mandado de segurança tradicional – direito líquido e certo a ser tutelado, e ilegalidade ou abuso de poder no ato praticado pela autoridade, que a Ação Mandamental visa a atacar – ao se pretender impetrar mandado de segurança coletivo, como fato que determinaria, ou não, a classificação da nova ação mandamental, prevista no inciso LXIX da Carta Magna, como simples desdobramento do mandado de segurança singular. [...]

O que deve ser observado é que:

- a) o texto constitucional em vigor concedeu distinta legitimação ativa, para a causa, em se tratando do mandado de segurança coletivo, como também diverso é o seu objeto e a natureza dos interesses a serem tutelados;
- b) não pode o mandado de segurança coletivo ser impetrado a partir da premissa de que caracteres comuns e essenciais às duas ações mandamentais – direito líquido e certo e ilegalidade ou abuso de poder praticado por “autoridade” – serviriam como verdadeiros suportes a classificá-lo como mera espécie do gênero mandado de segurança, seja em face da sua previsão constitucional ser posterior à do mandado de segurança singular, seja em virtude de estes pressupostos estarem inseridos no dispositivo que trata da ação mandamental tradicional;
- c) ao se utilizar o argumento da comunhão dos pressupostos constitucionais a serem observados, tanto para o mandado de segurança tradicional como para o coletivo, de forma a enquadrar o segundo como espécie do gênero mandado de segurança, esquecem os defensores desta idéia que, partindo de um único elemento – presença de comuns requisitos de direito material – incorrem em evidente equívoco na tese, tendo em vista que há inquestionável distinção entre um e outro instituto, dada a própria sublimação que foi conferida a certas regras de direito processual, relativas à legitimação, pela nova ação mandamental.⁹¹

A propósito do tema, pronunciou-se Uadi Lamêgo Bulos nos seguintes termos:

[...] o mandado de segurança coletivo é mandado de segurança. Mas isto não é dizer que o writ coletivo esteja reduzido ao tradicional remédio heróico, porque, se assim fosse, não seria dado ao partido político, com representação no Congresso Nacional, ao sindicato, à entidade de classe, à associação legalmente constituída, especial legitimidade para impetrá-lo.

⁹¹ UGGERE, Carlos Alberto Pimentel. **Mandado de segurança coletivo**: como instrumento para defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Curitiba: Juruá, 1999. p. 61-62.

Por isso, é sob a ótica (sic) da legitimidade ativa que a ação de segurança coletiva se caracteriza, adquirindo foros de especialidade.⁹²

Com efeito, a nosso ver, a afirmação de que o mandado de segurança coletivo seria o mesmo mandado de segurança individual, que teve apenas sua legitimidade ativa ampliada no intuito de atender a finalidades sociais mais abrangentes, desconsideraria toda uma nova processualística referente a esse novo ramo do Direito responsável pelo estudo das chamadas ações coletivas. Muito mais do que a legitimidade, as conseqüências derivadas do fato do mandado de segurança constituir agora uma ação coletiva constitucional são sentidas em um amplo espectro, que engloba, por óbvio, a questão da sua legitimidade ativa, mas não se restringe a este aspecto. Nesse sentido, corroboramos com Antonio Gidi quando este afirma que:

O mandado de segurança está tão distanciado do mandado de segurança tradicionalmente conhecido quanto uma ação coletiva está de uma ação individual. Se, por um lado, parte do procedimento e os pressupostos de admissibilidade são os mesmos para ambas as figuras, por outro lado, o mandado de segurança coletivo, como ação coletiva que é, deverá ter certas peculiaridades no que diz respeito ao pedido, ao procedimento, à sentença, à coisa julgada, à liquidação e à execução, por exemplo”.⁹³

No ponto, outrossim, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO SUCEDÂNEO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – IMPOSSIBILIDADE. **Os princípios básicos que regem o mandado de segurança individual informam e condicionam, no plano jurídico-processual, a utilização do writ mandamental coletivo.** Atos em tese acham-se pré-excluídos do âmbito de atuação e incidência do mandado de segurança, aplicando-se em conseqüência, às ações mandamentais de caráter coletivo, a Súmula 266/STF. Qualifica-se como ato em tese o Decreto, que, editado pelo Presidente da República, dispõe sobre coeficiente de generalidade abstrata, não se revela cabível o mandado de segurança, individual ao coletivo. O remédio do mandado de segurança não é sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade. Precedente.⁹⁴ (grifo nosso)

Desse modo, entendemos que à utilização do mandado de segurança coletivo se aplicam os princípios básicos e regramentos que regem o *writ* individual.

⁹² BULOS, Uadi Lamêgo. **Mandado de Segurança Coletivo**: em defesa dos partidos políticos, associações, sindicatos, entidades de classe: (doutrina, jurisprudência e legislação). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 44.

⁹³ **Coisa Julgada**..., op. cit. p. 79.

⁹⁴ MS 21.615-RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, Pleno, j. 10.02.1994, DJ 13.03.1998, p. 4.

Conseqüentemente, a doutrina “individualista” se amolda à figura do inciso LXX, do artigo 5º, da Constituição Federal, todavia, sempre ressalvadas suas peculiaridades de ação coletiva.

Além disso, poder-se-ia afirmar que a não aplicação do constante no inciso LXIX à ação coletiva impediria seu manejo, isto é, seria admitir um mandado de segurança coletivo, que é um mandado de segurança por essência e conjuntamente, uma ação coletiva, sem seus traços inerentes, o que, sem dúvida, foge totalmente ao bom senso, aspecto metajurídico, pois, a ser considerado.

Em arremate, cremos como conveniente transcrever as palavras de José Joaquim Calmon de Passos: “[...] cumpre não esquecer que o mandado de segurança coletivo é mandado de segurança. Parece uma tautologia, mas não o é. Essa afirmativa enfatiza algo fundamental: os pressupostos tradicionais reclamados para o *writ* continuam de pé”.⁹⁵

2.2 REQUISITOS COMUNS DE ADMISSIBILIDADE: PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS PARA IMPETRAÇÃO, OBJETO E ESPÉCIES

A Constituição Federal fixou no inciso LXIX, do artigo 5º que: “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”.

Em idêntica linha, dispõe o *caput* do artigo 1º, da Lei nº 1.533/51:

Conceder-se-á, mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

O texto constitucional inovou, ao fixar juntamente com a garantia do mandado de segurança individual, uma nova ação para a defesa de interesses sociais no

⁹⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção e "Habeas Data"**: constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 24.

inciso LXX. Não obstante, há que se ter em mente que os pressupostos materiais para a impetração da ação mandamental, seja individual ou coletiva, encontram a mesma previsão, qual seja: o inciso LXIX, do artigo 5º. Isso importa em afirmar a necessidade da presença da liquidez e certeza do direito, da ilegalidade ou abuso de poder cometido por autoridade pública ou agente exercente de atribuições do Poder Público e da inviabilidade de proteção do direito por meio dos *habeas corpus* e *data*.

Logo, o instituto do mandado de segurança coletivo “não pode ser interpretado a não ser em conjugação com o inc. LXIX, que trata do mandado de segurança individual, é que o mandado de segurança coletivo tem a mesma natureza daquele, isto é, é uma *ação*”.⁹⁶

Além disso, como bem visualizado por Marcelo Navarro Ribeiro Dantas:

[...] o direito material ao mandado de segurança está no inciso LXIX do art. 5º da Constituição: a proteção abrange qualquer direito (expressão aí sem qualificativo, e, portanto capaz de abarcar tanto aqueles individuais como os coletivos e os difusos) líquido e certo (ou seja, comprovável de plano) ferido por ato de autoridade pública (qualquer que seja ela) ou particular no exercício de função pública delegada, praticado com ilegalidade ou abuso de poder.

No inciso LXX do mesmo art. 5º tem sede não o direito material ao mandado de segurança coletivo, porque este [...] se acha no inciso anterior. O que reside no inciso LXX é uma regra processual, referente à legitimidade ativa, que viabiliza a tutela coletiva de todos os direitos mercedores de mandado de segurança.⁹⁷

De fato – conforme assinalado por Francisco Antonio de Oliveira – o mandado de segurança coletivo:

A exemplo do mandado de segurança singular é instituto processual de caráter constitucional, com pressupostos gerais e específicos, destinado a proteger direito líquido e certo, não protegido por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando malferido ou ameaçado por ato de autoridade que tenha agido com abuso de poder ou com ilegalidade.⁹⁸

Pois bem, no que tange ao seu objeto, na definição de Hely Lopes Meirelles, o mandado de segurança representa:

O meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de

⁹⁶ Cf. BASTOS, Lucília Isabel Candini. **Mandado de Segurança Coletivo**: legitimidade ativa e objeto. Curitiba: Juruá, 2006. p. 84

⁹⁷ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Mandado de Segurança Coletivo**: legitimação ativa. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 104.

⁹⁸ Op. cit. p. 212-213.

lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (CF, art. 5º, LXIX e LXX; Lei nº 1533/51, art. 1º).⁹⁹

Pela conceituação acima registrada, o objetivo do mandado de segurança consistirá sempre na correção de um ato ou omissão de autoridade, desde que evidado de ilegalidade ou acusador de ofensa a direito, individual ou coletivo, líquido e certo. Nessa esteira, é possível assinalar, em relação aos mandados individual e coletivo, que “ambos têm por escopo o mesmo objeto: proteção de direito líquido e certo malferido por ato ilegal ou abusivo de autoridade pública (omissivo ou comissivo)”.¹⁰⁰

Quanto à sua natureza jurídica, trata-se de ação civil, de índole constitucional e rito sumário especial. Ressalve-se em tempo, que sua natureza civil não impede o ajuizamento em matéria criminal. A propósito, explicita José Janguê Bezerra Diniz:

O remédio heróico é ação civil de rito sumário especial, [...] por ser ação civil, mesmo que o ato impugnado seja administrativo, judicial, civil, penal, policial, militar, eleitoral, esta será sempre processada e julgada como ação civil no juízo competente, daí porque não há falar em mandado de segurança criminal nem eleitoral.¹⁰¹

Constituem pressupostos constitucionais para impetração do mandado de segurança: “a) direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus ou habeas-data; b) ato praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas”.¹⁰²

Assim sendo, infere-se que a proteção conferida pelo mandado de segurança não é extensível a todo e qualquer direito. O próprio dispositivo constitucional tratou de excluir a liberdade de locomoção (*habeas corpus*) e o acesso à informação de caráter pessoal constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público (*habeas data*) da via mandamental. Quanto aos demais direitos, só será cabível a segurança caso forem líquidos e certos.

⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 21.

¹⁰⁰ Cf. OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Op. cit. p. 222. Igualmente alude José da Silva Pacheco: “O objetivo do mandado de segurança coletivo será a elisão ou retificação do ato ou omissão da autoridade, lesivo ou ameaçador de direito líquido e certo, para que este flua sem óbice. O direito líquido e certo, que se almeja proteger e cuja ameaça ou lesão por ato ilegal ou abusivo de autoridade enseja a impetração, não é do próprio impetrante, mas de seus associados, filiados ou membros. Não é do requerente, mas de outrem a que se liga aquele por laços associativos”. (Op. cit. p. 327)

¹⁰¹ DINIZ, José Janguê Bezerra. O Mandado de Segurança. **Consulex**: v. 0, n. 0. Brasília: jan.-dez. 1998. p. 246.

¹⁰² Cf. VELLOSO, Carlos Mário. Op. cit. p. 18.

Por isso se afirma que o âmbito de incidência do mandado de segurança é deferido de forma residual, pois a medida é possível, tão-somente, quando o direito líquido e certo carecedor de proteção não estiver amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*. Portanto, caso haja outro meio hábil de se pleitear a correção do ato, este deverá ser utilizado.

No que respeita ao conceito de direito “líquido e certo”, o seu surgimento se deu, inicialmente, na Constituição de 1946; antes a referência era ao direito certo e incontestável. No tocante à alteração, acertada é a afirmação de Arnaldo Wald:

A expressão direito incontestável também foi infeliz e por essa razão o constituinte não a manteve, pois a incontestabilidade é noção essencialmente subjetiva, além de ser incompleta, pois só à vista da contestação se depreenderia a possibilidade ou não de impugnar o ato administrativo praticado.¹⁰³

Em relação à expressão “líquido e certo”, noticia-nos, pois, Carlos Mário Velloso que: “Logo após a criação, em nível constitucional, do mandado de segurança, muitos chegaram a afirmar que direito líquido e certo seria aquele que não demandasse maiores considerações, que não ensejasse dúvida, ou que não oferecesse complexidade”.¹⁰⁴

Ainda sobre o entendimento inicial da doutrina, explicita Celso Ribeiro de Bastos que:

A primeira tendência foi a de considerar como líquido e certo todo o direito que fosse evidente, insuscetível de impugnação e cuja procedência não pudesse deixar de ser reconhecida. Exigia-se, pois, que o direito fosse translúcido, não só porque os suportes fáticos em que repousava, como também porque indiscutível o conteúdo do dispositivo invocado.

Seria portador de um direito líquido e certo todo aquele que invocasse em seu benefício um comando legal, este mesmo isento de dúvida, como também a sua efetiva subsunção à norma abstratamente considerada, pela implementação em seu prol dos pressupostos legais.¹⁰⁵

Esta concepção, entretanto, como se tentará demonstrar, acabou por ser superada com a própria evolução da doutrina, que passou a distinguir – em se tratando da ação mandamental – os dois aspectos da situação jurídica: o fático e o normativo e, conseqüentemente, a atrelar a questão da certeza e liquidez do direito tão-somente ao primeiro. Vejamos.

¹⁰³ Op. cit. p. 121.

¹⁰⁴ Op. cit. p. 18.

¹⁰⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 404-405.

Pontes de Miranda, em estudo específico sobre a ação em comento, leciona que a certeza e a liquidez do direito não se atrelam à lei que o disciplina, mas sim à dependência ou não de provas para a comprovação dele:

A certeza e a liquidez de um direito não podem depender de não haver *dúvida* quanto à lei que rege esse direito, porque tal *dúvida* é subjetiva, existe e depende de elementos interiores, de estados de consciência e de convicção dos juizes, e não da relação jurídica. Por mais duvidoso que se sinta o espírito do julgador na determinação da lei competente, isso não atua na situação jurídica, que não possa, por esse acidente psíquico do julgador, a ser incerta. O direito existe, ou não existe; mas, existindo, pode depender de provas em dilações, e então é incerto e talvez ilíquido.¹⁰⁶

Para os constitucionalistas Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, a premissa para se compreender a atual expressão reside no fato, e não no direito. Assim, direito líquido e certo é o proveniente de fato líquido e certo, ou seja, comprovável de plano, com base exclusivamente em prova documental.¹⁰⁷

Líquido e certo, segundo o entender de Alexandre de Moraes, é o direito: “que resulta de fato certo, ou seja, é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documentação inequívoca”.¹⁰⁸

No mesmo sentido, prescreve Hugo de Brito Machado:

Direito líquido e certo, protegível mediante mandado de segurança, é aquele cuja demonstração independe de prova. Sabe-se que todo direito (subjetivo) resulta da incidência de uma norma. Resulta, pois, do binômio norma-fato. Para que o direito seja líquido e certo basta que o fato do qual resulta seja incontroverso. A controvérsia quanto à norma não lhe retira a liquidez e certeza.¹⁰⁹

Eduardo Arruda Alvim também preleciona: “Para que o direito seja tido por líquido e certo, preciso é, apenas, que estejam provados documentalmente, de plano, com os documentos acostados à inicial, os fatos em questão”.¹¹⁰

As noções acima são bastante elucidativas na medida que se prestam a esclarecer no plano prático o significado da expressão constitucional. Assim, a idéia que transparece é a de que o direito líquido e certo se refere àquele embasado em fato líquido e certo, ou seja, incontroverso e que pode ser comprovado de plano pela parte impetrante, por meio de prova estritamente documental.

¹⁰⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. v. 6. atual. por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998. p. 76.

¹⁰⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 163.

¹⁰⁸ Op. cit. p. 166.

¹⁰⁹ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 413.

¹¹⁰ Op. cit. p. 42.

A expressão, portanto, está atrelada à prova pré-constituída, não carecedora de dilação probatória. Isso porque, caso esta ocorra, a via mandamental torna-se imprópria, pois o direito deixa de ser líquido e certo.

Nesse passo, alerta Cassio Scarpinella Bueno: “O que é fundamental para o mandado de segurança é a possibilidade de prova documental do que é alegado e a desnecessidade de produção de outras provas ao longo do procedimento. Nisso e só nisso – reside a noção de ‘direito líquido e certo’.”¹¹¹

Este entendimento é corroborado por Marcus Orione Gonçalves Correia, quando este anota que a análise da liquidez e certeza liga-se a uma concepção eminentemente processual porque:

[...] a fim de que um direito seja líquido e certo, é indispensável que possa ser demonstrado de plano no processo, mediante a apresentação de plano no processo, mediante a apresentação, única e exclusivamente, de prova documental.

Assim, se deparamos com ação – em que se ingressou pretendendo o afastamento do ato ilegal ou abusivo de autoridade – que demande prova pericial, testemunhal ou qualquer outra natureza, não há como falar em direito líquido e certo exercitável por meio do mandado de segurança.¹¹²

No ponto, ainda, insta salientar que o direito líquido e certo não se confunde com o mérito da ação mandamental. Isso porque aquele consiste, sim, em condição da ação de cunho processual, ou seja, uma vez comprovado pelo impetrante autoriza o questionamento do ato coator pela via especial do mandado de segurança.⁴⁴

Entretanto, em que pese a exigência de comprovação, de pronto, do direito líquido e certo alegado pelo impetrante, o parágrafo único, do artigo 6º, da Lei nº 1.533/51, fixou a possibilidade de a própria autoridade coatora ou da repartição

¹¹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de Segurança**: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros estudos sobre mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 13.

¹¹² CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito processual constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 77-78. Michel Temer também assinala: “Quando se fala, pois, em direito líquido e certo quer-se significar que num primeiro momento o fato pode ser controvertido; depois, tornar-se-á certo pela adequada interpretação do direito. Por isso, não há instrução probatória no mandado de segurança. Impetrante e informante hão de produzir, documentalmente, todo o alicerce para sustentação das suas alegações. O fato, portanto, há de tornar-se incontroverso pela interpretação do direito, dada por meio de decisão judicial”. (Op. cit. p. 184) Nesse sentido, a título de ilustração, os julgados do STJ: RMS 8647-PR, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., j. 15.04.2004, *DJ* 21.06.2004, p. 254; RMS 19574/RJ, rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 02.06.2005, *DJ* 01.07.2005, p. 571.

⁴⁴ Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit. p. 14.-15.

pública trazer ao bojo dos autos os documentos comprobatórios que, por ventura, possuir.¹¹³

Por sua vez, o ato impugnável pela via mandamental não se consubstancia em qualquer ato, senão em ato, comportamento advindo de autoridade. De acordo com a Constituição, autoridade “responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”. Por conseguinte, soma-se à necessidade de comprovação do direito líquido e certo que o ato possua tal qualidade. Tendo em vista tais circunstâncias, não constitui o mandado de segurança uma ação como qualquer outra existente no nosso ordenamento jurídico, como já afirmou José de Castro Nunes: “O mandado de segurança assenta num princípio que o nosso direito anterior desconhecia: a possibilidade de ser a administração compelida a praticar certo ato ou abster-se de o praticar”.¹¹⁴

Pelo uso do mandado de segurança, portanto, dá-se um controle dos atos provenientes de autoridades, haja vista que:

O uso do poder pela autoridade não é ilimitado, mas, ao contrário, fica adstrito aos limites traçados no ordenamento jurídico posto, seja em face de normas que o restrinjam, ou princípios constitucionais que lhe fornecem balizas delimitadoras, verdadeiras fontes formais a serem observadas.

Destaca-se a questão de poder ser a ilegalidade fruto de prática omissiva ou comissiva por parte da autoridade. Se numa circunstância é a própria condição de estar presente uma ação positiva (ato comissivo), noutra situação é a ação negativa que se apresenta (ato de omissão), bastando que, em um ou noutro caso, seja vulnerado aquilo que impõe o direito objetivo.¹¹⁵

Neste diapasão, essencial esclarecer quem seria autoridade para fins de impetração do *mandamus*, seja individual ou coletivo. A autoridade é entendida como a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que o próprio diploma legal lhe conferiu. A autoridade pública, no entanto, diferencia-se diametralmente da figura do agente público. Com respeito a esse aspecto, cabível é a transcrição de Meirelles:

Deve-se distinguir *autoridade pública* do simples *agente público*. Aquela detém, na ordem hierárquica, *poder de decisão* e é competente para

¹¹³ Art. 6º. [...] Parágrafo único. No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público, ou em poder de autoridade que recusa fornecê-lo por certidão, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará para o cumprimento da ordem o prazo de 10 (dez) dias. Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento de notificação. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

¹¹⁴ NUNES, José de Castro. **Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1967. p. 51.

¹¹⁵ Cf. UGGERE, Carlos Alberto Pimentel. Op. cit. p. 58.

praticar *atos administrativos decisórios*, os quais, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança quando ferem direito líquido e certo; este não pratica atos decisórios, mas simples atos executórios, e, por isso, não responde a mandado de segurança, pois é apenas executor de ordem superior. Exemplificando: o porteiro é um agente público, mas não é autoridade; autoridade é o seu superior hierárquico, que decide naquela repartição pública. O simples *executor* não é coator em sentido legal; coator é sempre aquele que *decide*, embora muitas vezes também execute sua própria decisão, que rende ensejo à segurança. *Atos de autoridade*, portanto, são os que trazem em si uma decisão, e não apenas execução.¹¹⁶

Frise-se, ainda, que tal ato poderá ser proveniente de qualquer autoridade dos três Poderes e do Ministério Público.¹¹⁷

Também são tidos como atos de autoridade os oriundos de particulares, quando exercentes de função pública (artigo 1º, da Lei n. 1.533/51), o que seria possível aos olhos de Cassio Scarpinella Bueno pelo instrumento jurídico da delegação (concessão, permissão, autorização ou outra forma de trespasse da atividade pública ao particular):

Também, particulares podem ser alvo de mandado de segurança naquilo que diz respeito à delegação, isto é, à parcela da atividade cujo exercício lhe foi reconhecido em nome do Estado. Daí a admissibilidade, pela jurisprudência, de mandados de segurança contra dirigentes de escolas particulares ou de particulares prestadores de serviços públicos. Entende-se, nesses casos, que a “autorização” referida no art. 209, II, da Constituição Federal é significativa de trespasse de atividade pública ou particular.¹¹⁸

Ademais, referido assunto encontra-se sumulado pelo Supremo Tribunal Federal: “Súmula 510. Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial cabível”.

Sendo assim, conclui-se que a expressão “competência delegada” deve ser assimilada como sendo sinônimo de função pública, de maneira que, existindo a função pública, perfeitamente manejável é o mandado de segurança.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior dissertam nessa linha de raciocínio: “Para fins de mandado de segurança, autoridade é aquela que

¹¹⁶ Op. cit. p. 33.

¹¹⁷ Cf. MORAES, Alexandre. Op. cit. p. 165.

¹¹⁸ Op. cit. p. 18. Nesse sentido também argumentam Leda Pereira Mota e Celso Spitzcovsky: “Autoridade, para efeito de Mandado de Segurança, é o agente público investido de poder de decisão para anular o ato atacado ou para suprir omissão lesiva de direito líquido e certo do impetrante, não se confundindo, portanto, com o mero executor. De outra parte, por agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, deve-se entender o particular que esteja executando um serviço público por meio de uma das formas permitidas por nosso ordenamento jurídico. Dentro desse contexto é que surge, por exemplo, a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra ato de estabelecimento particular de ensino”. (**Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 422)

praticou ou ordenou o ato, podendo ser uma autoridade administrativa ou um agente no exercício de atribuição do Poder Público”.¹¹⁹

Outrossim, os atos praticados por administradores ou representantes de autarquias, de entidades paraestatais, de empresas públicas, de sociedades de economia mista exercentes de serviços públicos e de pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas podem ser atacados pelo *writ*.

No mais, atualmente, é pacífico o entendimento de que os atos judiciais – acórdão, sentença ou despacho – configuram atos de autoridade passíveis de mandado de segurança, desde que ofensivos ao direito líquido e certo do impetrante. Também os atos administrativos praticados por Magistrados no desempenho de funções de administração da justiça sujeitam-se à correção por via do *mandamus*. Os atos realizados por parlamentares quando da elaboração da lei, da votação de projetos ou da administração do Legislativo configuram atos de autoridade; atacáveis, portanto, pela ação em questão sempre que infringirem a letra da Constituição ou as normas regimentais da Corporação e, conseqüentemente, lesarem algum direito do impetrante.¹²⁰

Visto isto, mister também é perceber que o mandado de segurança pode ser impetrado com o objetivo de atacar ato lesivo ou mesmo a ameaça de sua prática. Diz-se que, na primeira hipótese, ele é repressivo, vez que a ilegalidade já foi cometida, e na segunda, preventivo, pois o que existe é uma ameaça a direito líquido e certo, individual ou coletivo.

No tocante à última espécie, no plano infraconstitucional, o mandado de segurança preventivo vem previsto no artigo 1º, *caput*, da Lei n. 1.533/51:

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação **ou houver justo receio de sofrê-la** por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. (grifo nosso)

Vê-se que “a mensagem normativa foi clara ao colocar sob o manto da atividade jurisdicional tanto a lesão com a ameaça a direito”.¹²¹

Constitucionalmente, a ação mandamental encontra suporte na tutela jurisdicional preventiva prevista no artigo 5º, inciso XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou **ameaça a direito**”. (grifo nosso) Constata-

¹¹⁹ Op. cit. p. 163.

¹²⁰ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 34.

¹²¹ Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Ibid., p. 149.

se, assim, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também chamado princípio do livre acesso ao Poder Judiciário.

Nesta medida, oportunas se mostram as considerações feitas por Carlos Ari Sundfeld:

Não basta garantir a apreciação das violações de direito, é preciso sancionar também as ameaças, de modo a **evitar** as violações do direito. Aliás, é esse o projeto central do Estado de Direito: não apenas recompor os direitos ou o patrimônio ferido, mas antes evitar que se fira o direito de alguém. A Constituição deve, portanto, fornecer os instrumentos hábeis a proteger alguém de uma ameaça antes que ela se concretize. A própria redação do dispositivo da Constituição de 1969 que previa o mandado de segurança deixava isso muito claro. “Dar-se-á mandado de segurança”, dizia o texto, “para **proteger** direito líquido e certo”; não só para **restaurar** ou para **recompor** o direito, mas sim para **proteger** o direito. A proteção inclui, é evidente, além da restauração do direito já violado, também a defesa contra a própria violação.¹²²

Quanto aos pressupostos para a impetração preventiva do mandado de segurança, são os mesmos da modalidade repressiva, quais sejam: a coexistência de direito líquido e certo, de ato de autoridade e de ilegalidade ou abuso de poder por parte desta.

Contudo, o mandado de segurança preventivo exige um pressuposto específico consubstanciado na ameaça de lesão (“justo receio de sofrer a violação”, conforme a letra da Lei) a direito líquido e certo do impetrante.

Ocorre que a expressão legal, como entende a melhor doutrina, passa a idéia de uma flagrante subjetividade. Nesse passo, alguns autores rogam pela necessária existência de uma ameaça real, atual e objetiva, para que a impetração seja viável.

Celso Agrícola Barbi delinea, sem tergiversar, o assunto em pauta:

O que deve importar não é o receio do autor, que varia conforme a sua sensibilidade. A nosso ver, o que deve ser qualificado não é o receio, mas a ameaça, que é o elemento *objetivo*. Aquele é apenas o reflexo subjetivo desta, e não o elemento para a sua definição. [...]

Entendemos que a “ameaça” será “objetiva” quando “real”, traduzida por fatos ou atos, e não por meras suposições; e será “atual” se existir no momento, não bastando que tenha existido em outros tempos e haja desaparecido.

A “ameaça” que tiver essas duas características, segundo o prudente arbítrio do juiz, será então capaz de produzir o “justo receio”, a que se refere a lei. Na falta de algum daqueles requisitos, a ameaça será inábil

¹²² SUNDFELD, Carlos Ari. “Habeas data” e mandado de segurança coletivo. **Revista de Direito Público** n. 95. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. 1990. p. 195.

para causar a modalidade de receio que a legislação exige para justificar o ingresso em juízo.¹²³

Carlos Eduardo Nicoletti Camillo, outrossim, sustenta:

Com efeito, o que deve ser necessariamente comprovado para fins de impetração do mandado de segurança preventivo é a ocorrência de ameaça, elemento objetivo por natureza, de lesão ao direito afirmado em juízo. Frise-se, entretanto, que não se trata de qualquer ameaça. Para fomentar a impetração do mandado de segurança preventivo, a ameaça deverá ser objetiva, real e atual. [...]

Em uma palavra, a ameaça deverá ser concreta e estar em pleno curso, de modo a autorizar a impetração do mandado de segurança preventivo.

Convém destacar, ainda, que, além de pressuposto específico para a impetração do mandado de segurança preventivo, a ameaça é um dos identificadores do interesse de agir desse remédio constitucional, pelo que a ausência da comprovação da ameaça pelo impetrante acarretará, necessariamente, a extinção da ação mandamental, sem julgamento do mérito.¹²⁴

Resta, assim, patente que a análise do justo receio deverá estar pautada em dados objetivos e em fatos concretos; do contrário, a impetração preventiva não será admitida.

¹²³ BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 81-82.

¹²⁴ CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. Mandado de segurança: pressupostos e cabimento da impetração preventiva. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos do mandado de segurança**: 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 160. Semelhantemente, expõe Sergio Ferraz: “Em verdade, justo ou injusto, o receio é um dado pertinente ao mundo da subjetividade, a ocorrer, ou não, na conformidade não apenas do conteúdo ou da intensidade da ameaça ao direito (essa, sim uma circunstância objetiva), mas, sobretudo da maior ou menor resistência do psiquismo do autor da ação. Como tal, isto é, como dado subjetivo, a expressão “justo receio” propõe ao intérprete e ao aplicador da lei um desafio e uma convocação à transcendência: a eles impõe-se a busca, para admissão do *writ*, da comprovação (de plano, com a inicial) documentada de uma efetiva ameaça, ilegal ou arbitrária, ao direito líquido e certo de alguém. Constatado seu existir, ter-se-á como existente um “justo receio” para os efeitos legais, haja, ou não, receio, medo, ou estado semelhante, no espírito do impetrante”. (FERRAZ, Sergio. Mandado de segurança e acesso à justiça. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos do mandado de segurança**: 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 770). Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. TUTELA PREVENTIVA. IRPJ. CSLL. CORREÇÃO MONETÁRIA DE DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. ART. 30 DA LEI Nº 7.799/89. DECADÊNCIA. ART. 18 DA LEI Nº 1.533/51. 1. O mandado de segurança almeja, na origem, o afastamento da norma contida no art. 30 da Lei nº 7.799/89, que denegou a incidência do Índice de Preços ao Consumidor-IPC como fator de correção monetária das demonstrações financeiras, utilizadas na apuração da base de cálculo do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro. 2. Não é qualquer temor ou sentimento de apreensão que autoriza a tutela preventiva no mandado de segurança. O justo receio a que alude o art. 1º da Lei 1.533/51, capaz de justificar a segurança, há de se revestir dos atributos da objetividade e da atualidade. A ameaça deve ser traduzida por fatos e atos, e não por meras suposições. [...] 6. Embargos de divergência não conhecidos”. (REsp 506.798-MG, rel. Min. Castro Meira, 1ª Seção, j. 23.02.2005, DJ 20.06.2005, p. 117).

Em suma, após efetuado o perpasso de alguns dos aspectos da ação de mandado de segurança individual, que são igualmente aplicáveis ao *writ* coletivo, passemos, pois, a uma análise da Lei que regula o procedimento no âmbito individual.

2.3 PROCEDIMENTO INDIVIDUAL (LEI N. 1.533, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1951) E SUA ADEQUAÇÃO À AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Na seara infraconstitucional, deparamos a Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, a disciplinar boa parte do regime jurídico atinente à ação de mandado de segurança.

Dessa forma, se avultam, de antemão, os questionamentos que serviram de norte para o desenvolvimento deste ponto, quais sejam:

a) A Lei 1.533/51, reguladora do mandado de segurança individual, é aplicável ao mandado de segurança coletivo?

Entendemos perfeitamente que sim. Isso porque não há, no nosso ordenamento jurídico, outra lei específica regulamentadora do mandado de segurança coletivo, surgido com a atual Constituição Federal. A Lei em tela, em vigor desde 1951 e recepcionada pela Constituição de 1988, tratou de regravar, conseqüentemente, o instituto no âmbito coletivo.

Nesse sentido, a propósito, explana Carlos Ari Sundfeld:

O mandado de segurança é uma ação regulada pela legislação infraconstitucional, donde não se poder fugir dela nesta nova espécie (a segurança coletiva). Ademais, é o próprio Texto Constitucional, quando regula o mandado de segurança individual (art. 5º, inc. LXIX), que condiciona seu cabimento à liquidez e certeza do direito. Destarte, ao mandado de segurança coletivo aplicam-se o rito, as condições e as limitações do mandado de segurança comum.¹²⁵

b) A Lei 1.533/51 mostra-se totalmente adaptável à ação de mandado de segurança coletivo?

¹²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de segurança coletivo na Constituição de 1988. **Revista de Direito Público** n. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1989. p. 40.

A nosso ver, tal hipótese não ocorre, pois referida legislação foi criada em 1951, com vistas a regulamentar o *writ* em seu âmbito individualista.

Por conseguinte, segundo nosso entendimento, lhe devem ser aplicadas – além do procedimento trazido na Lei 1.533 – as normas destinadas à tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, em especial o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), que trazem os princípios básicos para a efetivação dos direitos transindividuais. Em outras palavras: o mandado de segurança coletivo como ação que visa a proteger interesses metaindividuais se insere nesse panorama, guardadas – por certo – as peculiares decorrentes do texto constitucional e o disciplinado na legislação específica sobre o *writ*.

Assim, em se tratando da ação mandamental coletiva, a subsidiariedade mostra-se mais abrangente, pois se somam às disposições que regem o *mandamus* individual aquelas atinentes ao processo coletivo. Concordamos, nesse passo, com Marcelo Navarro Ribeiro Dantas quando este afirma que o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, juntos, servem de modelo processual para as ações coletivas em geral, até mesmo para as que não tratem de relações de consumo. Por conseguinte: “suas normas podem ser aplicadas analogicamente aos demais casos em que se verificar lacunosidade nas regras tradicionais de processo”.

126

A este respeito, outro não é o esclarecimento de Teori Albino Zavascki, para quem ao mandado de segurança coletivo se impõe a adoção de normas processuais adequadas, diversamente da apropriação das que regem o mandado de segurança na esfera individual:

Ressalvadas as poucas disposições a respeito da legitimação ativa e da sua finalidade, a Constituição (art. 5º, LXX), que criou a ação, nada dispôs a respeito do seu processo ou do seu procedimento. E na legislação ordinária nada existe a respeito. O que existe são normas sobre a ação individual de mandado de segurança e normas sobre a ação coletiva genericamente considerada. É, portanto, a partir desse material que se há de construir as soluções processuais para o mandado de segurança coletivo.

A própria ação individual de mandado de segurança tem seu procedimento especial disciplinado de forma precária, limitada, basicamente, às disposições da Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951, e da Lei 4.348, de 26 de junho de 1964. Por isso mesmo, como ocorre em relação a todos os demais procedimentos especiais, também ao do mandado de segurança

¹²⁶ Op. cit. p. 100-101.

aplicam-se, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento comum. [...]

Mais que o individual, que sofre a permeabilidade da aplicação subsidiária do procedimento comum, o mandado de segurança coletivo, a cujo respeito não há sequer procedimento especial previsto em lei, fica sujeito à múltipla aplicação de normas externas, a saber: por analogia, (a) das regras e dos princípios da ação individual de mandado de segurança e (b) das regras e dos princípios das ações coletivas, e, por subsidiariedade, (c) das regras e dos princípios do procedimento comum.¹²⁷

Passando à análise da lei especial 1.533, *a priori*, duas são as disposições incompatíveis com a disciplina do mandado de segurança coletivo, quais sejam: o parágrafo 2º, do artigo 1º (“Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança.”) e o artigo 3º (“O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro, poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, em prazo razoável, apesar de para isso notificado judicialmente.”).

Trata-se de hipóteses de legitimação extraordinária, na forma de substituição processual.

Em relação ao parágrafo 2º, do artigo 1º, afirma Cassio Scarpinella Bueno:

A hipótese da Lei nº 1.533/51, ao contrário dos casos de verdadeira *substituição processual*, não exclui que o titular do direito vá a juízo. Diferentemente, admite-se, aqui, que um direito que pertença indistintamente a diversos titulares seja defendido em juízo por apenas um deles. [...] Evidentemente que, em se tratando de mandado de segurança, o impetrante deve apresentar-se como titular de direito líquido e certo, embora esse mesmo direito (*rectius*: situação fática e jurídica demonstrada de plano) seja compartilhado por outras figuras.¹²⁸

Na segunda hipótese, delineada no artigo 3º, o impetrante objetiva proteger direito seu derivado de outro direito cujo titular se quedou inerte, apesar de ter sido notificado para exercê-lo em juízo.

Desse modo, despontam dois pressupostos para a impetração: a omissão por parte do titular do direito originário e a notificação judicial, para que venha exercê-lo após um “prazo razoável”, acompanhada da sua total inércia. A atuação do impetrante encontra-se, portanto, diretamente dependente da omissão daquele que deveria ter agido, mas não o fez.

¹²⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 216 e 217-218.

¹²⁸ Op. cit. p. 33.

Tais dispositivos, sem dúvida, não encontram azo para aplicação no âmbito da ação coletiva mandamental, vez que a própria Constituição Federal tratou de estabelecer no artigo 5º, inciso LXX, o rol dos seus legitimados ativos, os quais poderão ajuizar o *mandamus* com vistas à defesa de direito ameaçado ou violado que couber a várias pessoas:

- LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:
- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
 - b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Adiante, vislumbra-se como parcialmente aplicável o trazido no artigo 4º: “Em caso de urgência, é permitido, observados os requisitos desta lei, impetrar o mandado de segurança por telegrama ou radiograma ao juiz competente, que poderá determinar seja feita pela mesma forma a notificação à autoridade coatora”.

A efetivação da impetração, em caso de urgência, foi inicialmente prevista, na forma como consta no artigo 4º, tendo em vista os meios de comunicação comuns à época da entrada em vigor da Lei: 1951.

Nesse passo, há de se pontuar que tanto a figura do telegrama quanto a do radiograma mostram-se obsoletas, pois atualmente admite-se a impetração por meio de aparelho de fac-símile (“fax”).¹²⁹

O próximo dispositivo que demanda atenção é o inciso II, do artigo 7º: “Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: [...] II – que suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida”.

Observa-se, portanto, a possibilidade de concessão de liminar¹³⁰ no mandado de segurança coletivo, com o fito de suspender de pronto o ato impugnado, desde

¹²⁹ Analisando o artigo em comento, anotam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery que: “Da mesma forma, admite-se a impetração de MS por *fac-símile* (fax). Quando o material do papel do *fax* for de fácil deterioração, o impetrante deverá fazer chegar ao juízo destinatário da impetração cópia da petição inicial. Caso contrário, como no caso de o *fax* ser impresso por filme em papel comum, é desnecessária essa providência”. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 1633).

¹³⁰ Concedida a liminar esta perdurará pelo prazo de 90 (noventa) dias (Lei n. 4.348/64, artigo 1º, alínea *b*), que poderá ser prorrogado por mais 30 (trinta) dias, quando o juiz justificar acúmulo de serviço impeditivo do julgamento de mérito no prazo ordinário.

que presentes os requisitos ali traçados, quais sejam: relevante fundamento e ineficácia da medida.¹³¹

Nesta medida, em sede de mandado de segurança coletivo, cabe indagar a aplicabilidade do aludido dispositivo legal, com vistas à concessão de liminar *inaudita altera pars*, na hipótese do Poder Público figurar no pólo passivo da ação coletiva.

Entendemos, pois, no ponto, que o inciso II, do artigo 7º deve dar lugar à aplicação do artigo 2º, da Lei n. 8.437/92, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público: “No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas”.

Logo, em atendimento a este preceito, deverá ser franqueada a oportunidade de manifestação da parte contrária, por meio de audiência, antes de eventual concessão da medida liminar.

Também possui aplicação parcial o artigo 11 e seu parágrafo único:

Julgado procedente o pedido, o juiz transmitirá em ofício, por mão do oficial do juízo ou pelo correio, mediante registro com recibo de volta, ou por telegrama, radiograma ou telefonema, conforme o requerer o peticionário, o inteiro teor da sentença à autoridade coatora.

Parágrafo único. Os originais, no caso de transmissão telegráfica, radiofônica ou telefônica, deverão ser apresentados à agência expedidora com a firma do juiz devidamente reconhecida.

¹³¹ O primeiro como bem leciona José da Silva Pacheco: “Há de resultar da perfeita adequação do fato e do direito, da clareza e precisão das razões e argumentos, expostos na inicial, de modo a sobressair, ressaltar, saliente, proeminente, protuberante, como importante e valioso, o fundamento, a base, o alicerce do pedido do impetrante. Não se trata de requisito de cunho inteiramente subjetivo, como a alguns doutores tem parecido, porque, embora o grau do relevo possa ficar na dependência da acuidade do magistrado, a sua percepção há de fornecer-lhe elementos de fato e de direito, para que, racionalmente, deduza, ainda que preliminarmente, sobre o ajustamento apropriado entre eles”. (Op. cit. p. 257-258.). Por sua vez, o pressuposto consubstanciado na ineficácia da medida equivaleria ao *periculum in mora*, caracterizador da tutela cautelar: “Só pode significar a possibilidade de a decisão de mérito do mandado de segurança quedar-se inócua. Ora, o fim do mandado de segurança não é a reparabilidade da lesão; sua finalidade é a de obstaculizar que a lesão persista ou se verifique. A ordem no mandado de segurança consiste sempre em determinação de fazer ou de abster-se de fazer. De conseguinte, se a ordem concedida não puder se executar porque o constrangimento já foi perpetrado, inócua será”. (Cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de segurança**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 136). Nesse sentido também, dentre outros: José da Silva Pacheco (Op. cit. p. 258); Eduardo Arruda Alvim (Op. cit. p. 161) e Cassio Scarpinella Bueno (Op. cit. p. 67).

Isso porque se nota uma impropriedade do legislador, vez que se torna impraticável a transmissão do inteiro teor da decisão pela via telefônica, ainda mais em se tratando do parágrafo único, pois este alude aos “originais”.

Em prosseguimento encontramos o parágrafo único, do artigo 12, com redação dada pela Lei n. 6.071/74, que prescreve o seguinte: “A sentença, que conceder o mandado de segurança, fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente”.

No que respeita ao reexame necessário, entendemos que o referido parágrafo deverá ser aplicado em parte, pois uma vez presente no pólo passivo da ação o Poder Público há que se ter em mente o disposto no artigo 475, inciso I, do Código de Processo Civil (com redação determinada pela Lei n. 10.352/01): “Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público”.

Impende, no caso, observarmos a existência de previsão no mesmo sentido no *caput*, do artigo 19, da Lei n. 4.717/65, na hipótese da ação popular ser julgada improcedente ou o juiz decidir pela sua carência: “Art. 19. A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente, caberá apelação com efeito suspensivo”.

Dessa forma, uma vez julgada procedente a ação popular em face do Poder Público, poderá a parte autora executá-la provisoriamente, se não for conferido efeito suspensivo à apelação, prevalecendo assim o interesse coletivo.

Em seguida, temos o artigo 16 da Lei: “O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito”. Este dispositivo deverá ser aplicado com ressalvas, haja vista que mesmo no caso de a ação ser julgada improcedente, com apreciação do mérito, não há qualquer empecilho à propositura de ações individuais para ressarcimento dos danos causados.

Aparentemente, a idéia que transparece deste artigo é a de que na ação individual de mandado de segurança, somente haveria coisa julgada na hipótese de procedência do pedido. Todavia, como nos alerta Teori Albino Zavascki:

Também faz coisa julgada a sentença que, examinando o mérito, denegar a segurança. Convém salientar que, em mandado de segurança, para

denegar a ordem *no mérito* é indispensável (a) que não haja dúvida alguma a respeito dos fatos e (b) que, inobstante isso, o impetrante não tenha o direito afirmado. Confirma-se que o fato existiu, mas se nega que desse fato resultou lesão ou ameaça a direito. Se a denegação é por falta de prova (= dúvida sobre a existência dos fatos), não há coisa julgada material em mandado de segurança.¹³²

Em verdade, a lei especial do mandado de segurança nada estabeleceu em relação ao regime da coisa julgada e à extensão de seus limites subjetivos quanto à ação mandamental coletiva. Assim sendo, alguns autores entendem pela não aplicação do artigo 472, do Código de Processo Civil¹³³ e sim, do artigo 103, do Código de Defesa do Consumidor, que trata da coisa julgada no âmbito coletivo.¹³⁴

Creemos que referido posicionamento assiste razão a tais doutrinadores por mostrar-se mais consentâneo com a finalidade da ação do mandado de segurança coletivo: a proteção de direitos transindividuais. Nesse sentido, posiciona-se Gregório Assagra de Almeida:

Quando se trata de *mandado de segurança* impetrado para a tutela de direitos coletivos, seria inviável a aplicabilidade do CPC, especialmente na parte em que dispõe sobre os limites subjetivos da coisa julgada (art. 472). Se a tutela é de direito coletivo, a coisa julgada decorrente é a coletiva. Aplicável, assim, na espécie, por força do art. 21 da LACP, o que dispõe o art. 103 do CDC sobre a coisa julgada coletiva.¹³⁵

Acompanha o autor Nelson Nery Junior:

¹³² **Processo Coletivo...**, op. cit. p. 221-222.

¹³³ Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado da pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

¹³⁴ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

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

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

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

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

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

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

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

¹³⁵ Op. cit. p. 289.

A aplicação dos sistemas do CDC e da LACP ao mandado de segurança coletivo tem importância prática na medida em que, por exemplo, pode ser utilizado o regime da coisa julgada daquelas leis, dado que nada existe na lei sobre a coisa julgada no mandado de segurança coletivo.

Dentro do sistema da coisa julgada, parece-nos ser relevante a fixação dos limites subjetivos nos moldes traçados pelo art. 103 do CDC, quando o objeto do mandado de segurança for a tutela de direito não individual em sentido estrito (individual homogêneo, coletivo ou difuso).¹³⁶

Por fim, temos o artigo 19, com redação conferida pela Lei n. 6.071/74, que dispõe o seguinte: “Aplicam-se ao processo do mandado de segurança os artigos do Código de Processo Civil que regulam o *litisconsórcio*”.

A indagação, que neste momento surge, consubstancia em se poder aplicar ao mandado de segurança coletivo a figura do litisconsórcio nos termos trazidos pela Lei 1.533, isto é, em consonância com o estabelecido no Código de Processo Civil.

Não obstante, nossa visão é pela sua aplicação nos limites da Lei n. 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, especificamente consoante disposto no seu artigo 19: “Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, **naquilo em que não contrarie suas disposições**”. (grifo nosso)

Nesse sentido, pois, leciona Hugo Nigro Mazzilli:

Admite-se em ação civil pública **ou coletiva** tanto o litisconsórcio *inicial* como o *ulterior*. Em consequência da legitimação concorrente e disjuntiva para as ações civis públicas ou coletivas, é possível o litisconsórcio ativo *inicial*: um co-legitimado pode ingressar em juízo só ou em litisconsórcio com outro ou outros co-legitimados.¹³⁷ (grifo nosso)

Com efeito, alerta Rodolfo de Camargo Mancuso:

Se a intervenção litisconsorcial ou assistencial revelar-se descabida ou abusiva, bem como se houver colusão entre as partes, o juiz disporá dos meios repressivos previstos no CPC (art. 125, III), podendo mesmo proferir “sentença que obste aos objetivos das partes” (CPC, art. 129), valendo lembrar que esse Código é de aplicação subsidiária na ação civil pública – art. 19 da Lei 7.347/85.¹³⁸

¹³⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 1035. Esta solução também foi adotada por: Ada Pellegrini Grinover (**Mandado...**, op. cit. p. 82-83); Antonio Gidi (**Coisa Julgada...**, op. cit. p. 84); Uadi Lamêgo Bulos (Op. cit. p. 77) e Pedro da Silva Dinamarco (**Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 23).

¹³⁷ Op. cit. p. 298.

¹³⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: (Lei 7.437/85 e legislação complementar). 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 299.

Destarte, conclui-se como cabível o litisconsórcio em sede de mandado de segurança coletivo, desde que o(s) co-legitimado(s) demonstre(m) a existência de interesse (pertinência) na sua atuação.

Quanto ao exame dos dispositivos que se mostram compatíveis com a ação mandamental coletiva, inicialmente, estabelece o artigo 1º:

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

De acordo com o explanado anteriormente, este dispositivo mostra-se integralmente compatível com a esfera do *mandamus* coletivo.¹³⁹

Pertinente ao ponto e, em complementação a esta disposição legal, o fato de que tanto o parágrafo 1º, do artigo 1º, bem como o artigo 2º, ambos da Lei 1.533, trataram de definir a figura da autoridade, assim, respectivamente, serão autoridades “os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções”, e federais se “as conseqüências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela união federal ou pelas entidades autárquicas federais”.¹⁴⁰

Em continuidade, em que pese o campo material residual do *writ*, outras hipóteses de não cabimento foram fixadas no artigo 5º da Lei, as quais apresentam-se compatíveis com a ação mandamental coletiva. Desse modo, conforme fixado pela referida norma: “Não se dará mandado de segurança quando se tratar: I – de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução”.

Valemos, neste momento, dos ensinamentos de Michel Temer:

Anote-se que não é o efeito suspensivo, atribuído ao recurso, que impede a utilização do mandado de segurança, mas sim que, em face desse efeito, desaparece a lesão autorizada do mandado de segurança. Repita-se: não é o simples fato de o recurso suspender o efeito do ato administrativo que desautoriza o uso do *mandamus*, mas, sim, a circunstância de que a suspensão de seus efeitos importa o *afastamento* da lesão ao direito. Esta inexistente. Inexistindo lesão, não há espaço para a segurança.¹⁴¹

¹³⁹ V. anterior item 2.2.

¹⁴⁰ Por outro lado, estando o impetrante diante de autoridade estadual, municipal ou distrital, a competência passa a ser da Justiça dos Estados (juízo da respectiva comarca ou circunscrição).

¹⁴¹ Op. cit. p. 190.

Contudo, em se tratando de omissão da autoridade administrativa, é admissível o manuseio do remédio constitucional, nos termos da Súmula 429 do Supremo Tribunal Federal.¹⁴² A este respeito, bem observa Cassio Scarpinella Bueno:

A hipótese descrita no inciso I do art. 5º da Lei nº 1.533/51 não pode, entretanto, conduzir ao afastamento da impetração toda vez que o impetrante desistir da esfera administrativa por liberalidade sua ou quando a esfera administrativa, por imposições legais, tornar-se onerosa, seja do ponto de vista temporal (demora indeterminada para apreciação do pleito do particular) ou do ponto de vista econômico (caucionamento para interpor recursos ou medidas equivalentes). Da mesma forma, quando a apresentação de recurso na esfera administrativa não for mecanismo apto para evitar a consumação da lesão ou da ameaça que fundamenta o questionamento do ato ou fato ainda em sede da Administração Pública.¹⁴³

Outra hipótese de não cabimento é prevista no inciso II, do art. 5º: “de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correção”.

Consoante a sistemática do dispositivo, havendo recurso cabível do despacho ou da decisão judicial, pronto a tutelar, de forma eficiente, o direito do recorrente, não existe, via de regra, respaldo jurídico para a impetração do *writ*. Isso porque o Código de Processo Civil instituiu um sistema recursal com recursos específicos contra os despachos e as decisões judiciais, o qual deverá ser utilizado com prioridade.

Realmente, os despachos judiciais são – em regra – irrecorríveis, pois se subentende que os mesmos não têm o condão de ocasionar qualquer dano às partes. Sendo assim, por não causarem (à primeira vista) prejuízos, o próprio legislador afastou a necessidade de impugnação pela via recursal, não havendo, portanto, espaço para que fossem questionados mediante mandado de segurança.

Todavia, se porventura, o despacho for prejudicial, caberá ao interessado valer-se do recurso de agravo, em suas formas: retida ou de instrumento, e se este for suficientemente eficiente para afastar a lesão ou sua ameaça, inviável passa a ser a impetração do *mandamus*.¹⁴⁴

¹⁴² Súmula. 429. A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade.

¹⁴³ Op. cit. p. 45.

¹⁴⁴ Nesse sentido enfatiza Luiz Pinto Ferreira: “O meio normalmente utilizado para corrigir e impugnar os despachos e decisões judiciais é o recurso cabível na espécie. Somente quando o ato judicial não puder ser modificado pelo meio recursal ou por via de correção é que se pode fazer uso do mandado de segurança. Surge, então, o interesse de agir. Mas se o ato judicial pode ser impugnado por recurso ou correção, descabe evidentemente o mandado de segurança”. (FERREIRA, Luiz Pinto.

Imprescindível salientar, aqui, a modificação trazida com a entrada em vigor da Lei n. 9.139/95, ao fixar a nova redação do artigo 558, do Código de Processo Civil, haja vista que aquele diploma legal criou a possibilidade de se atribuir efeito suspensivo ao recurso de agravo em todos os casos em que “possa resultar lesão grave e de difícil reparação”.¹⁴⁵

Com isso, uma vez interposto o agravo e concedido efeito suspensivo capaz de impedir a consumação da lesão, afasta-se a necessidade de utilização do mandado de segurança.

A novidade surgida com a Lei n. 9.139 acabou, portanto, tornando desnecessário o uso do *writ*. É o que aduzem Gilson Delgado Miranda e Patrícia Miranda Pizzol:

Frise-se que antes do advento da Lei nº 9.139/95, o Mandado de Segurança era usualmente utilizado com a finalidade de atribuir efeito suspensivo a recurso de agravo de instrumento. Havia, inclusive, uma polêmica, na doutrina e na jurisprudência, acerca da possibilidade de utilização apenas do Mandado de Segurança, sem a necessidade do agravo de instrumento (parte da doutrina admitia a impetração tão-somente do Mandado de Segurança; outros entendiam que havia a necessidade de interposição do agravo de instrumento e também da impetração do Mandado de Segurança; outros sequer admitiam a impetração do Mandado de Segurança com tal finalidade). Essa polêmica ficou ultrapassada, tendo em vista a possibilidade de concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento pelo relator do recurso, nos termos do art. 558 do CPC.¹⁴⁶

Por último, o inciso III, do artigo 5º, regula que não caberá mandado de segurança quando se tratar “de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial”.

A idéia inicial que emana é a de que o ato disciplinar, via de regra, constitui ato típico do exercício da competência discricionária da Administração Pública; não sendo, portanto, em um primeiro momento, passível de controle pela via jurisdicional.

Teoria e Prática do Mandado de Segurança. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 15). Nilson Reis, outrossim, aduz: “Se a autoridade – juiz – emite o ato judicial que fere direito líquido e certo e contém ilegalidade ou abuso de direito, inexistindo recurso próprio, sem efeito suspensivo, é cabível o remédio jurídico rápido e específico para pronta restauração da garantia constitucional e especial das partes, seu equilíbrio, e para restauração do sujeito de direito exigível disposto positivamente”. (**Mandado de segurança.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 83-84).

¹⁴⁵ Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

¹⁴⁶ MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. **Processo Civil: Recursos.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 61.

Entretanto, como a Administração Pública só pode agir em estrita conformidade com o comando normativo, o inciso em comento excepcionou *in fine* a hipótese de não cabimento do remédio constitucional, que poderá, por conseguinte, ser manejado quando o ato disciplinar tiver sido praticado “por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial”. Nada mais ajustado. Isso porque o ato discricionário não está imune à apreciação judicial, pois “só a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo”.¹⁴⁷

Destarte, o Judiciário pode, a qualquer tempo, declarar nulidades e coibir abusos por parte da Administração, mas sem (ressalve-se) substituir a discricionariedade do administrador pela do Juiz. Posto isto, diante de um ato disciplinar, necessário o exame prévio do mesmo no intuito de se constatar se a legalidade e a juridicidade foram observadas quando da sua consecução, porque “o que não pode prevalecer é que por detrás de um ato chamado de ‘discricionário’ se esconda ilegalidade ou abusividade de poder”.¹⁴⁸

Adiante, a Lei traça disposições acerca do procedimento da ação mandamental. *A priori*, estabelece o *caput*, do artigo 6º: “A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos artigos 158 e 159 do Código do Processo Civil, será apresentada em duas vias e os documentos, que instruírem a primeira, deverão ser reproduzidos, por cópia, na segunda.” Pertinente apenas a ressalva de que os artigos 158 e 159 correspondem, respectivamente, aos artigos 282 e 283 do atual Código de Processo Civil.

¹⁴⁷ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 120.

¹⁴⁸ Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit. p. 31. Igualmente, deixou bem averbado Celso Antônio Bandeira de Mello: “Para ter-se como liso o ato não basta que o agente alegue que operou no exercício da discricção, isto é, dentro do campo de alternativas que a lei lhe abria. O juiz poderá, a instâncias da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar, em exame de *razoabilidade*, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidades *em abstrato* abertas pela lei, revelou-se, *in concreto*, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade da norma aplicada. Em conseqüência desta avaliação, o Judiciário poderá concluir, em despeito de estar em pauta providência tomada com apoio em regra outorgadora de discricção, que, naquele caso específico submetido a seu crivo, à toda evidência a providência tomada era incabível, dadas as circunstâncias presentes e a finalidade que animava a lei invocada. [...] Nada há de surpreendente, então, em que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeco existe a tal proceder, pois é meio – e, de resto, fundamental – pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 893 e 907).

Após, prescreve o parágrafo único, do artigo 6º, sobre a possibilidade de exibição de documentação mediante ordem do juiz:

No caso em que o documento necessário a prova do alegado se acha em repartição ou estabelecimento público, ou em poder de autoridade que recuse fornecê-lo por certidão, o juiz ordenará preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará para cumprimento da ordem o prazo de dez dias. Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento da notificação. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

Aqui, a propósito, tem-se como plenamente compatível o artigo 241, do Código de Processo Civil, que indica o termo *a quo* do prazo:

I – quando a citação ou intimação for pelo correio, da data de juntada aos autos do aviso de recebimento; II – quando a citação ou intimação for por oficial de justiça, da data de juntada aos autos do mandado cumprido; III – quando houver vários réus, da data de juntada aos autos do último aviso de recebimento ou mandado citatório cumprido; IV – quando o ato se realizar em cumprimento de carta de ordem, precatória ou rogatória, da data de sua juntada aos autos devidamente cumprida; V – quando a citação for por edital, finda a dilação assinada pelo juiz.

Em continuidade, e sem maiores problemas de ordem prática, constam os artigos: 7º, inciso I (“Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: I – que se notifique o coator do conteúdo da petição entregando-lhe a segunda via apresentada pelo requerente com as cópias dos documentos a fim de que no prazo de quinze dias preste as informações que achar necessárias.”); 8º (“A inicial será desde logo indeferida quando não for caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos desta lei. Parágrafo único. De despacho de indeferimento caberá o recurso previsto no art. 12.”) e 9º (“Feita a notificação, o serventuário em cujo cartório corra o feito juntará aos autos cópia autêntica do ofício endereçado ao coator, bem como a prova da entrega a este ou da sua recusa em aceitá-lo ou dar recibo.”).

Em prosseguimento, o artigo 10 dispõe sobre a oitiva do membro do Ministério Público, a fim de que apresente seu parecer, e a posterior conclusão dos autos ao juiz para julgamento do feito: “Findo o prazo a que se refere o item I do art. 7º e ouvido o representante do Ministério Público dentro em cinco dias, os autos serão conclusos ao juiz, independente de solicitação da parte, para a decisão, a qual deverá ser proferida em cinco dias, tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora”.

Nesse diapasão, o órgão ministerial é oficiante necessário no feito, como parte pública autônoma e deve zelar pela correta aplicação da lei (*custos legis*) e pelo trâmite regular do processo, opinando pelo seu cabimento ou descabimento, pela carência e no mérito, pela concessão ou denegação da segurança. É o que alude Luiz Pinto Ferreira: “O Ministério Público, quando oficia em mandado de segurança, evidentemente não defende os interesses do coator nem do impetrado, mas a aplicação do direito e dos princípios da justiça, tem a finalidade precípua de resguardar os interesses da sociedade.”¹⁴⁹

Em idêntico senso, encontramos a lição de Hely Lopes Meirelles, segundo quem o Ministério Público atua como parte pública autônoma na ação de mandado de segurança, logo:

[...] ao oficial nos autos, não está no dever de secundar as informações e sustentar o ato impugnado quando verifique a sua ilegalidade e sustentar o ato impugnado quando verifique a sua ilegalidade.

O dever funcional do Ministério Público é o de manifestar-se sobre a impetração, podendo opinar pelo seu cabimento ou descabimento, pela sua carência e, no mérito, pela concessão ou denegação da segurança, bem como sobre a regularidade ou não do processo, segundo sua convicção pessoal, sem estar adstrito aos interesses da Administração Pública na manutenção de seu ato.

Quanto aos fatos, o Ministério Público não os pode negar ou confessar, porque isto é matéria das informações, privativa do impetrado, mas, quanto ao direito, tem ampla liberdade de manifestação, dada a autonomia de suas funções em relação a qualquer das partes.¹⁵⁰

Ao membro do Ministério Público, portanto, deverá ser franqueada a oportunidade de manifestar-se, sob pena de nulidade do processo com posterior anulação da sentença, nos termos do artigo 84, do Código de Processo Civil.¹⁵¹

¹⁴⁹ Op. cit. p. 83. Igualmente aponta José Frederico Marques: “O Ministério Público intervém, obrigatoriamente, nos mandados de segurança (art. 10, da Lei nº 1.533/51). Sua atuação é a de “custos legis” para a defesa da ordem legal”. (MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 2. Campinas: Millennium, 2000, p. 58). Entretanto, ressalte-se que a intervenção do órgão na ação de mandado de segurança consiste em inovação trazida pela Lei em tela. José Maria Othon Sidou é quem menciona: “Inovando o chamamento do órgão do Ministério Público para oficial em mandado de segurança, do que não cogitavam as normas processuais antecedentes, a Lei nº 1.533, de 1.951, não teve o intuito de dar-lhe qualidade de parte da relação, porém a de *fiscal da lei*. Deste modo, se as informações do coator são essenciais, por ser imperiosa na intimação, porém são prescindíveis, porque a própria lei (art. 10) isto deixa claro com as expressões – “tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora”, a oitiva do Ministério Público, por seu órgão competente, é essencial e imprescindível, porque a não dispensa a lei”. (**Habeas corpus...**, op. cit., p. 163).

¹⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 19. ed. atual. por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 57.

¹⁵¹ Art. 84. Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo. Citam-se alguns julgados do STJ: EREsp

Em seguida, no que tange ao sistema recursal, prescreve o *caput*, do artigo 12: “Da sentença, negando ou concedendo o mandado cabe apelação”. Tal redação, em consonância com o atual Código de Processo Civil, é fruto da Lei n. 6.014/73. Anteriormente dispunha o dispositivo:

Art. 12. Da decisão do juiz, negando ou concedendo o mandado caberá o recurso de agravo de petição, assegurando-se às partes o direito de sustentação oral perante o tribunal *ad quem*.

Parágrafo único. Da decisão que conceder o mandado de segurança recorrerá o juiz *ex officio* sem que êsse recurso tenha efeito suspensivo.

Na seqüência, vemos o artigo 13 que aborda o pedido de suspensão da execução da sentença mandamental: “Quando o mandado for concedido e o Presidente do Tribunal, ao qual competir o conhecimento do recurso, ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo para o Tribunal a que presida”.

Compreendemos a aplicação deste dispositivo. Entretanto, questionamos o seguinte: são cabíveis aqui outros modos de suspensão da execução da sentença mandamental?

A nosso ver, mostra-se plenamente aplicável o artigo 558, do Código de Processo Civil, que prevê a hipótese de suspensão do cumprimento da decisão, por meio de requerimento da parte agravante:

O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Igualmente cabível, na hipótese, a suspensão de segurança disciplinada no artigo 4º, da Lei n. 4.348/64:

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 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.¹⁵²

161968-DF, rel. min. Fontes de Alencar, 3ª Seção, j. 24.09.2003, *DJ* 24.11.2004, p. 227; REsp 378867-RS, rel. Min. Edson Vidigal, 5ª T., j. 05.03.2002, *DJ* 01.04.2002, p. 209.

Todavia, a eventual falta de intimação poderá ser suprida pela manifestação do órgão em segunda instância. Nesse sentido, no STJ: REsp 175245-SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª T., j. 03.02.2005, *DJ* 09.05.2005, p. 321; AgRg no REsp 209804-SP, rel. Min. Castro Meira, 2ª T., j. 09.03.2004, *DJ* 30.06.2004, p. 282. No TRF da 3ª Região: AMS 89030354176-SP, rel. Juíza Alda Basto, 4ª T., j. 16.10.2002, *DJ* 28.03.2003, p. 662.

¹⁵² O prazo de 10 (dez) dias previsto neste artigo passou a ser de 5 (cinco) dias conforme determinação das Leis n. 8.038/90, que institui normas procedimentais para os processos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, em seus artigos 25, parágrafo 1º e 39

Por sua vez, o artigo 14, da Lei 1.533, ao dispor: “Nos casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais caberá ao relator a instrução do processo”, liga-se às hipóteses de atribuição de competência pela própria Constituição Federal para o julgamento de ação de mandado de segurança. Isso porque, segundo define o artigo 102, inciso I, alínea *d*, da Lei Maior, o Supremo Tribunal Federal possui competência originária para o processamento e julgamento de mandado de segurança impetrado em face de ato 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.

O Superior Tribunal de Justiça, de seu turno, tem competência originária para processar e julgar o mandado de segurança impetrado contra atos dos Ministros de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Superior Tribunal de Justiça (artigo 105, inciso I, alínea *b*, da Constituição Federal).

Quanto aos Tribunais Regionais Federais, a eles foi atribuído o julgamento das ações mandamentais movidas contra atos de seus próprios membros e dos juízes federais, conforme determina o artigo 108, inciso I, alínea *c*, da Constituição Federal.

Em continuidade, estabelece o artigo 15: “A decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais”. Posicionamo-nos no sentido de que a letra da Lei, neste ponto, não poderia ser diferente no intuito de obstar o requerente a mover ação própria de responsabilidade por danos patrimoniais que lhe foram causados, até mesmo na hipótese de improcedência por insuficiência de provas, por exemplo.

(“Art. 25. Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos tribunais regionais federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal. [...] §1º O Presidente pode ouvir o impetrante, em 5 (cinco) dias, e o Procurador-Geral quando não for o requerente, em igual prazo.”; “Art. 39. Da decisão do Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator que causar gravame à parte, caberá agravo para o órgão especial, Seção ou Turma, conforme o caso, no prazo de 5 (cinco) dias.”) e 8.437/92, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, em seu artigo 4º, parágrafo § 3º (“Art. 4º. Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. [...] § 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição.”).

Em relação à prioridade dos processos de mandado de segurança, bem como sobre sua tramitação na instância superior, menciona o artigo 17, o qual não apresenta maior dificuldade prática:

Os processos de mandado de segurança terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo habeas-corpus. Na instância superior deverão ser levados a julgamento na primeira sessão que se seguir a data em que, feita a distribuição, forem conclusos ao relator.

Parágrafo único. O prazo para conclusão não poderá exercer de vinte e quatro horas, a contar da distribuição.

Finalmente, dispõe o artigo 18: “O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos cento e vinte dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”.

Parece-nos correto o entendimento de que escoado o prazo deste artigo decaiu-se, efetivamente, do direito de impetrar o *writ*, mas não outra ação que seja pertinente. Em outras palavras: uma vez perdida a possibilidade de impetração, ainda há a alternativa de socorrer-se de outras ações, pois – como pronunciado pelo Supremo Tribunal Federal – “a consumação da decadência do direito de impetrar MS não confere juridicidade ao ato estatal impugnado, não tem o condão de convalidá-lo e nem a virtude de torná-lo imune ao controle jurisdicional”.¹⁵³

¹⁵³ “EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - DECISÃO DENEGATORIA PROFERIDA POR TRIBUNAL SUPERIOR DA UNIÃO EM ÚNICA INSTÂNCIA - CONSUMAÇÃO DO PRAZO DECADENCIAL PARA IMPETRAR O "WRIT" (LEI N. 1.533/51, ART. 18) - CONSTITUCIONALIDADE DESSA NORMA LEGAL - INCOMPETENCIA DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA PARA ORDENAR, EM SEDE MANDAMENTAL, A SUBSTITUIÇÃO DO ÓRGÃO APONTADO COMO COATOR - RECURSO IMPROVIDO.

- A estipulação, em sede legal, de prazo para a oportuna impetração do mandado de segurança não tem o condão de ofender a natureza constitucional desse "remedium juris", cuja relevante função processual consiste em viabilizar, desde que tempestivamente utilizado nos termos em que disciplina a lei, a pronta, eficaz e imediata reparação a direitos líquidos e certos eventualmente lesados por comportamento arbitrário da Administração Pública.

- O prazo decadencial de 120 dias - a que se refere o art. 18 da Lei 1.533/51 - opera, em face de sua eficácia preclusiva, a extinção do direito de impetrar o "writ" constitucional. Não gera, contudo, a extinção do próprio direito subjetivo eventualmente amparável pelo remédio do mandado de segurança ou por qualquer outro meio ordinário de tutela jurisdicional. Esse direito subjetivo resta incólume e não se vê afetado pela consumação do referido prazo decadencial, cujo único efeito jurídico consiste, apenas, em inviabilizar a utilização do remédio constitucional do mandado de segurança.

- **A norma inscrita no art. 18 da Lei 1.533/51 não ostenta qualquer eiva de inconstitucionalidade. A circunstância de ser omissa a Constituição da República quanto a fixação de prazos para o ajuizamento da ação de mandado de segurança não retrai, indefinidamente no tempo, a possibilidade de o interessado valer-se, em qualquer momento, do "writ" mandamental que, essencialmente idêntico a outros meios processuais, constitui instrumento de efetivação e de concretização do direito material invocado pelo impetrante. O prazo decadencial referido na norma legal em questão não tem o caráter de penalidade, pois não afeta o direito material eventualmente titularizado pelo impetrante e nem impede que este postule o reconhecimento de seu direito público subjetivo mediante adequada utilização de outros meios processuais. A consumação da decadência do direito de impetrar o mandado de**

No que tange ao termo inicial do prazo, este será a data da ciência do ato atacado, pelo interessado, no caso do mandado de segurança coletivo, pelo seu co-legitimado.¹⁵⁴

Por derradeiro, diante das considerações traçadas a respeito do regime jurídico inicialmente estatuído na Lei reguladora da ação mandamental no âmbito individual, vimos que a mesma, em vigor desde 1951, deverá ser aplicada com ressalvas à ação coletiva, ou seja, o mandado de segurança coletivo seguirá a norma no que lhe for aplicável, compatível, pois algumas soluções adotadas deverão ser necessariamente diversas das empregadas ao processo individual.

Assim, passa-se a exigir do operador do Direito, obviamente, uma atenção redobrada, bem como familiaridade com outras leis que disciplinam ações coletivas, uma vez que sem o conhecimento prévio do objeto (no caso a ação mandamental coletiva) e do contexto em que ele se encontra inserido, não há possibilidade de sua aplicação correta, em sintonia com a sua realidade.¹⁵⁵

Dando-se conta desta realidade, concluímos pela incompatibilidade com o mandado de segurança coletivo das disposições traçadas: no parágrafo 2º, do artigo 1º; no artigo 3º; no inciso II, do artigo 7º; no artigo 16 e no artigo 19. Parcialmente aplicáveis, de outra parte, mostram-se: o artigo 4º; o artigo 11, *caput* e parágrafo único, bem como o parágrafo único do artigo 12.

Em suma, entendemos que se aplicam ao mandado de segurança coletivo as normas sobre pressupostos, requisitos, competência e procedimento da Lei n. 1.533/51 e a sistemática recursal do Código de Processo Civil; especificamente: o artigo 1º, *caput* e parágrafo 1º; artigo 2º; artigo 5º e seus incisos I, II e III; artigo 6º, *caput* e parágrafo único; inciso I do artigo 7º; artigo 8º, *caput* e parágrafo único;

segurança não confere juridicidade ao ato estatal impugnado, não tem o condão de convalidá-lo e nem a virtude de torná-lo imune ao controle jurisdicional. [...]. (RMS 21362-DF, rel. Min. Celso de Mello, 1ª T., j. 14.04.1992, DJ 26.06.1992, p. 114). (grifo nosso)

¹⁵⁴ Tal matéria encontra-se pacificada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o termo inicial do prazo decadencial para impetração do mandado de segurança tem início com a publicação do ato impugnado no Diário Oficial. Nesse sentido: RTJ 110/71, RTJ 103/965, RTJ 126/945, RTJ 142/161.

¹⁵⁵ Com efeito, em linhas gerais, é o que se busca através da chamada nova hermenêutica, ou seja, essa nova proposta; esse novo olhar para o Direito nos propõe não mais um processo de passiva submissão, com a mera recepção de uma ordem jurídica. Em outras palavras: ao aplicarmos as técnicas clássicas de interpretação, necessário nos valermos, outrossim, de uma visão tanto crítica como dialética, sopesando os muitos valores que existem no sistema jurídico, o qual deverá ser analisado como um todo, bem como as várias áreas comunicáveis do Direito para – só assim – se chegar a uma solução decisiva quanto à aplicação da norma à situação concreta colocada ao intérprete.

artigo 9º; artigo 10; *caput* do artigo 12; artigos 13 a 15; artigo 17, *caput* e parágrafo único e, por último, o disposto no artigo 18.

3. A LEGITIMAÇÃO ATIVA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

A legitimação ativa para o *writ* coletivo encontra-se estabelecida pela norma em nível constitucional no artigo 5º:

LXX - O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:
a) partido político com representação no Congresso Nacional;
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

O surgimento do mandado de segurança coletivo, conferindo legitimidade em prol das associações elencadas na alínea *b*, tem sua explicação na interpretação restritiva que era conferida pelos tribunais:

É que, em geral, embora os tribunais reconhecessem a legitimidade do sindicato e associações de classe, no juízo trabalhista, em defesa de direitos dessa natureza de seus associados, interpretavam-na de modo restritivo, a fim de não permitir a sua atuação em outros juízos e, especialmente, para o mandado de segurança. Assim, viam-no como partes legítimas na defesa de direito próprio e na defesa de direitos trabalhistas dos associados, mas não para seu agir perante outros juízos e para a defesa de outros direitos.

Embora alguns tribunais já viessem reconhecendo a legitimidade do sindicato para impetrar a segurança em favor de seus associados, muitos outros recusavam-se em admiti-la.¹⁵⁶

Como se tentará expor adiante, a exegese do inciso LXX – como a de toda inovação – movimentou a comunidade científica, tanto a processual, como a constitucionalista, no sentido de dar a exata dimensão a essa conquista social e seus reflexos no processo, notadamente quanto aos pressupostos específicos do *mandamus* coletivo no que tange à legitimação ativa dos partidos políticos e, em sentido amplo, das demais associações e à amplitude de atuação de tais entidades.

¹⁵⁶ Cf. PACHECO, José da Silva. Op. cit. p. 324-325.

3.1 NATUREZA JURÍDICA DA LEGITIMIDADE PARA AGIR NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

O exame da natureza jurídica da legitimidade para agir no mandado de segurança coletivo mostra-se matéria não pacífica na doutrina. Isso porque há várias vertentes.

Há quem defenda tratar-se de legitimação extraordinária, ocorrendo, em tal caso, a chamada substituição processual. Outros afirmam também que se trata de legitimação extraordinária, porém equiparam-na à representação do artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, o qual exige autorização expressa.¹⁵⁷ Outrossim, existe quem defenda a tese de legitimação ordinária.

Consoante a letra do artigo 6º, do Código de Processo Civil: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Trata-se de regra de legitimação ordinária que “prevalecia também no processo do mandado de segurança, e este era entendido como procedimento destinado a proteger direito subjetivo individual líquido e certo, sendo legitimado para requerê-lo apenas o titular desse direito”.¹⁵⁸

Por sua vez, a legitimação extraordinária através da substituição processual, consoante o escólio de José Cretella Júnior, se traduz no:

[...] fenômeno processual pelo qual alguém ingressa em juízo, *em nome próprio*, mas solicitando proteção de *direito alheio*, dando-se ao primeiro o nome de *substituto* e ao segundo o nome de *substituído*. É o poder de pedir, em nome próprio, a atuação da vontade da lei que garante *direito* ou *bem* a outrem. Trata-se da *legitimatío ad causam*, fenômeno de *legitimação extraordinária*, que ocorre quando alguém fica legitimado para agir em juízo, como autor ou réu, para a defesa não de direito próprio, mas de direito alheio.¹⁵⁹

Assim, havendo autorização legal expressa para tanto, a parte processual demanda, pois, em nome próprio, a tutela de um direito controvertido de outrem. Em

¹⁵⁷ Art. 5º. [...] XXI – as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.

¹⁵⁸ BARBI, Celso Agrícola. Mandado de Segurança e Mandado de Injunção na Constituição de 1988. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais** n. 32. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, out. 1989. p. 98.

¹⁵⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Os Writs na Constituição de 1988**: Mandado de Segurança, Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data, Habeas Corpus, Ação Popular. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1996. p. 87.

linhas gerais, poderíamos ponderar que na hipótese de substituição processual o substituto age em nome próprio, ao passo que na representação, o representante atua em nome do representado.

Nesse passo, entendemos como necessário – antes de adentrarmos na hipótese da ocorrência do fenômeno da substituição processual na ação de mandado de segurança coletivo – afastar a tese da representação processual. Isso porque a hipótese de legitimidade conferida pelo preceptivo constitucional do inciso LXX, alíneas “a” e “b”, do artigo 5º, não se relaciona com a que se apresenta no preceito contido no inciso XXI, do também artigo 5º, da Constituição Federal: “As entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

O inciso XXI trata de uma ampla representação que poderá vir a ser executada tanto em juízo como fora dele, bem como através de remédios jurídicos comuns ou de ações constitucionalmente previstas, inclusive o mandado de segurança individual. Ao se tentar estabelecer uma legitimação extraordinária no caso do *mandamus* coletivo, não vislumbramos possível uma equiparação à situação que se dá no inciso XXI, do artigo 5º.

Nesse sentido, Athos Gusmão Carneiro manifesta a necessidade de se afastar qualquer eventual confusão entre o mandado de segurança coletivo e o caso de legitimação previsto no artigo 5º, inciso XXI:

Nos casos do art. 5º, XXI, da CF vigente, encontramos uma nova modalidade do instituto da representação, para facilitar a defesa daqueles que se julguem menos aptos, ou encontrem dificuldades, por quaisquer motivos, para o ingresso “normal” em juízo, em defesa de seus interesses (*rectius*, de seus invocados direitos), propiciando-lhes o apoio e as facilidades decorrentes do auxílio de sua entidade associativa, geralmente em litisconsórcio com outros filiados que se encontrem em idêntica ou similar situação. Esta atuação poderá ser, inclusive, mediante o uso de mandado de segurança individual, quer de um único impetrante, como de impetrantes vários litisconsorciados em mandado de segurança plúrimo (mas não coletivo).¹⁶⁰

¹⁶⁰ Op. cit. p. 57-58. Carlos Ari Sunfeld também alerta no mesmo sentido: “O mandado de segurança individual, que é mandado de segurança clássico do nosso Direito, pode ser impetrado pelo interessado, isto é, pelo titular do direito individual público, ou por entidades associativas, que o representam – estou usando a expressão representação no sentido técnico-processual – porque o art. 5º, XXI, da CF prevê que as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente. Logo, uma entidade associativa de que eu faça parte pode, como minha representante, impetrar um mandado de segurança em meu favor ou pode, em nome de todos os associados, na defesa do direito de cada um deles – direito esse semelhante – impetrar mandado de segurança individual. Suponha-se que a Associação dos Advogados, por estar expressamente autorizada nos seus estatutos ou porque seus

Um segundo pensamento a defender a ocorrência de substituição processual no âmbito do mandado de segurança coletivo conta com vários adeptos, os quais fundamentam que os legitimados elencados pela Constituição Federal à propositura da ação em comento agem em nome próprio, todavia na defesa de direitos alheios. Tais direitos constituem os direitos dos filiados, associados ou membros.

Adriano Perácio de Paula pontua que no mandado de segurança coletivo “a entidade ou partido político estão a defender direitos alheios em nome próprio”.¹⁶¹

Segundo sustenta José da Silva Pacheco:

No caso do mandado de segurança coletivo, o sindicato, o partido político ou a associação pode impetrá-lo em defesa de direitos dos associados ou membros. Ao fazê-lo, agirá, em nome próprio, na defesa de direitos de seus associados. Trata-se de substituição processual.¹⁶²

Tem posicionamento idêntico Adolfo Mamoru Nishiyama: “A legitimação ativa do mandado de segurança coletivo é extraordinária, operando-se a chamada substituição processual”.¹⁶³

Também para Alexandre de Moraes o que ocorre em sede de mandado de segurança coletivo é a substituição processual.¹⁶⁴

Celso Agrícola Barbi afirma tratar-se de substituição processual, ou legitimação anômala, em exceção ao disposto no artigo 6º, do Código de Processo Civil.¹⁶⁵

integrantes conferiram uma autorização expressa, impetre um mandado de segurança para livrar os seus filiados da cobrança de um tributo que esteja sendo ilegalmente cobrando deles; nesse caso, estará defendendo direitos individuais, exercitáveis individualmente. Não se trata de um direito coletivo, mas de direitos subjetivos, de cada membro da associação, que, sendo coincidentes, podem ser unidos em uma mesma impetração. Aliás, são freqüentes as impetrações conjuntas, isto é, com múltiplos impetrantes, porque são equivalentes os direitos a serem defendidos. Agora, como se dá legitimidade para as entidades associativas representarem em juízo seus filiados, estas podem, por eles, impetrar mandado de segurança individual. Esse mandado de segurança põe os mesmos problemas que o mandado de segurança tradicional. Não está em causa ainda o direito coletivo, mas um direito individual que se repete”. (“**Habeas data**”..., op. cit. p. 198).

¹⁶¹ PAULA, Adriano Perácio de. Do procedimento do mandado de segurança coletivo. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos do mandado de segurança**: 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 30.

¹⁶² Op. cit. p. 334.

¹⁶³ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Remédios Constitucionais**. São Paulo: Manole, 2004. p. 249.

¹⁶⁴ Op. cit. p. 175.

¹⁶⁵ **Mandado**..., op. cit. p. 99.

Nesse sentido, outrossim, segundo Francisco Antonio de Oliveira: “Temos aqui um caso típico de substituição processual de que fala Chiovenda ou substituição extraordinária ou anômala de que fala a doutrina”.¹⁶⁶

No tocante à natureza jurídica, Ada Pellegrini Grinover sugere que a investigação deva ser feita quando da análise do caso concreto. Dessa forma, a autora apresenta uma posição *sui generis* ao entender que legitimação seria ordinária, na hipótese de defesa de interesses institucionais e, extraordinária, quando a tutela se referir aos membros:

Caso a caso, dever-se-á verificar se a entidade age na defesa de seus interesses institucionais – proteção ao ambiente, aos consumidores, aos contribuintes, por exemplo –, e neste caso a legitimação seria ordinária; ou se atua no interesse de alguns de seus filiados, membros ou associados, que não seja comum a todos, nem esteja compreendido em seus objetivos institucionais; nesse caso, sim, haveria uma verdadeira substituição processual.¹⁶⁷

Em que pese a existência destes pareceres, não entendemos pela posição que sustenta a legitimação extraordinária. Em primeiro ponto porque, ao tentar estabelecer que a substituição processual, efetivamente, tem lugar; conseqüentemente, a tônica – segundo os autores – passa a constituir a defesa apenas de direitos de membros e associados, pois, nesse caso, os substituídos são passíveis de delimitação. Entretanto, como se tentará ilustrar, a gama de direitos a serem protegidos por meio de mandado de segurança coletivo deve ser abrangente.

¹⁶⁸

Uma segunda concepção é a de que não nos parece satisfatória, se não dizer adaptável, que a substituição processual como fenômeno processual excepcional do processo civil individual passe a constituir a regra, em se tratando da ação mandamental coletiva. Isso porque nos leva à conclusão de que não há uma legitimação ordinária, própria do processo coletivo, consentânea com a sua realidade diversa da seara individualista. Uma vez estabelecido que a substituição processual constitui a regra para o mandado de segurança coletivo, esta passa a ter validade às demais ações coletivas existentes em nosso ordenamento jurídico e vice-versa.

Concordamos, neste pensar, com Marcelo Navarro Ribeiro Dantas:

¹⁶⁶ Op. cit. p. 212.

¹⁶⁷ Op. cit. p. 77.

¹⁶⁸ V. adiante item 3.3.

[...] a tese da legitimidade extraordinária, no mandado de segurança coletivo, é amplamente majoritária. Essa é a idéia a que também, a princípio, aderimos.

Mas há algo aí que não se encaixa, e a solução não nos satisfaz, por sentirmos que não é adequado a esses casos de tutela coletiva raciocinar do modo acima referido, embora a estrutura seja lógica, e, melhor ainda, consentânea com os modelos e conceitos de legitimidade da melhor ciência processual.

Um aspecto da questão, que para nós se tornou cada vez mais incômodo, foi a circunstância de, em se aceitando essa conclusão, admitir-se que em todas as hipóteses de ação coletiva e, por conseguinte, de mandado de segurança coletivo a legitimidade seria extraordinária, e nunca ordinária.

Ora, ordinário é o que ocorre normalmente, é a regra. O extraordinário é a exceção. Se a conclusão leva a que a exceção se torne a regra, algo está errado, ou, quando menos, muito estranho.¹⁶⁹

Antonio Gidi também busca afastar a clássica dicotomia do processo individual que classifica a legitimidade processual em ordinária e extraordinária em se tratando de ações coletivas, o que engloba – portanto – a ação de mandado de segurança coletivo. O autor expõe que as entidades elencadas no artigo 5º, da Lei da Ação Civil Pública e no artigo 82, do Código de Defesa do Consumidor possuiriam uma espécie de “direito próprio” para a defesa em juízo dos direitos superindividuais, “já que ninguém mais poderia fazê-lo”.¹⁷⁰ Para ele, estaríamos diante de legitimados ordinários e não substitutos processuais. Finaliza, assim, nestes termos:

Afinal, alguém há que ser ordinariamente legitimado para a propositura de uma ação coletiva para que possa haver um outro que o seja extraordinariamente. O extraordinário é um conceito relacional, e pressupõe a existência do ordinário da mesma forma que o especial pressupõe a existência do comum.¹⁷¹

Outrossim, no tocante à natureza jurídica da legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo, Maria Fátima Vaquero entende que “da mesma forma que nas ações coletivas, não se pode usar os mesmos institutos previstos no direito processual civil”¹⁷². Com isso, conclui a autora que:

A legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo é concorrente e disjuntiva, não se podendo olvidar que se admite a legitimidade individual,

¹⁶⁹ Op. cit. p. 116-117.

¹⁷⁰ GIDI, Antonio. Legitimidade para agir em ações coletivas. **Revista de Direito do Consumidor** n. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 1995. p. 58.

¹⁷¹ Ibid., p. 58.

¹⁷² Op. cit. p. 160.

ou seja, da pessoa que sofrer ameaça ou lesão a direito líquido e certo, que poderá impetrar o mandado de segurança individual.¹⁷³

A nosso ver, ao se estabelecer a legitimação no mandado de segurança coletivo como coletiva – sendo, portanto, concorrente e disjuntiva –, conseqüentemente, os legitimados à sua impetração podem ou não atuar em litisconsórcio, bem como a atuação de um não impede a de outro. Todos são igualmente legitimados, são – frise-se – entes co-legitimados.¹⁷⁴ Logo, tais fenômenos processuais próprios do processo coletivo mostram-se incompatíveis com a substituição processual traçada pelo processo individual. Estamos, assim, diante de uma legitimidade mandamental com características próprias da tutela coletiva.

Um outro argumento que vemos como possível reside na defesa dos chamados direitos ou interesses difusos. Uma vez admitida sua tutela mediante a ação mandamental coletiva, ou mesmo outra ação coletiva, a substituição processual do direito individual mostra-se inadequada, pois, neste caso, não se substitui pessoa determinada, mas sim a coletividade como um todo.

Exatamente porque, em se tratando de direitos difusos, a pretensão que se visa a resguardar é fluida. Vê-se uma legitimação desvinculada da titularidade do direito material a ser tutelado. Trata-se de um direito subjetivo coletivo; não há um titular específico, haja vista que a própria natureza do direito é ser difusa, difundida, como no caso do direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, consagrado no artigo 225, da Constituição Federal. Sendo assim, qualquer indivíduo, em tese, pode vir a defendê-lo, bastando para tanto que detenha a legitimidade necessária.¹⁷⁵

Para Carlos Alberto Pimentel Uggere, em sede de mandado de segurança coletivo, não se mostra correta a afirmação da ocorrência da figura da substituição processual. Consoante o autor, o artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal ao estabelecer que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou

¹⁷³ Ibid., p. 161.

¹⁷⁴ A legitimação no âmbito do processo coletivo, conforme explicita Hugo Nigro Mazzilli, é concorrente e disjuntiva, pois: “[...] cada um dos co-legitimados pode ajuizar essas ações, quer litisconsorciando-se com outros, quer fazendo-o isoladamente. É *concorrente*, porque todos os co-legitimados do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC podem agir em defesa de interesses transindividuais; é *disjuntiva* porque não precisam comparecer em litisconsórcio”. (Op. cit. p. 292-293).

¹⁷⁵ Anotações em sala. Disciplina “Teoria Geral das Ações Coletivas”, ministrada pelo Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior. Mestrado/UNAERP – SP, 2006.

individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas” também não abarca hipótese de substituição processual:

A hipótese de legitimidade conferida pelo preceptivo constitucional enfocado, inciso LXX “a” e “b” do artigo 5º, não se relaciona com a que se apresenta no preceito contido no inciso XXI do também artigo 5º da CF.

Se em sede de previsão concernente ao mandado de segurança coletivo não se vislumbra a figura da substituição processual, esta manifestação, entretanto, é flagrante em face de diretriz inserida no inciso XXI do artigo 5º, verdadeira previsão pertinente à substituição processual, indubitavelmente demonstrada até em face da expressa necessidade de mandado para sua realização.

O critério, portanto, para a análise da legitimidade conferida às pessoas elencadas no inciso LXX “a” e “b” do artigo 5º da CF há de ser considerado de igual maneira para a situação que se apresenta o artigo 8º, III da Carta Magna, que, vale dizer, não guarda qualquer sintonia com a hipótese de substituição processual consignadas em outros dispositivos do Texto Fundamental em vigor, por exemplo a regra do inciso XXI do prolapado artigo 5º. [...]

A legitimação conferida às pessoas elencadas no preceptivo constitucional enfocado, e pertinente à ação mandamental coletiva, entende-se desvinculada da noção de titularidade do direito material a ser tutelado.¹⁷⁶

Na realidade, o fato é que há grande discussão no âmbito doutrinário acerca da legitimidade conferida aos entes do pólo ativo nas ações coletivas como um todo. Consoante Teresa Arruda Alvim Wambier, não se trata de substituição processual, tampouco de representação. Segundo a autora, aquela não ocorre tendo em vista que os entes legitimados visam à defesa de direitos seus, vez que foram criados para tal escopo e não se pode falar em representação, pois os legitimados não agem em nome do representado, que teriam de arcar, por exemplo, com os efeitos advindos da sucumbência.¹⁷⁷

Para Ada Pellegrini Grinover, nas ações que versem sobre interesses individuais homogêneos, a legitimação seria extraordinária, na espécie de substituição processual.¹⁷⁸ Também segundo Hugo Nigro Mazzilli, a defesa de direitos individuais homogêneos se dá através de substituição processual dos lesados pelos co-legitimados ativos, bem como as ações civis públicas que versem interesses coletivos *stricto sensu*.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Op. cit. p. 67 e 70.

¹⁷⁷ ALVIM, Teresa Arruda. Apontamentos sobre as ações coletivas. **Revista de Processo** n. 75. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. 1994. p. 279.

¹⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 545-546.

¹⁷⁹ Op. cit. p. 61-62.

Já, no entender de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, em se tratando de direitos difusos e coletivos, seria mais correta a denominação legitimação autônoma para a condução do processo, e não substituição processual.

¹⁸⁰

Na visão de Pedro Lenza, a legitimação extraordinária deve constituir a regra da tutela jurisdicional coletiva.¹⁸¹

Por fim, há os que defendem a idéia de se adotar um tratamento diferenciado à legitimidade ativa na seara coletiva, tendo em vista as dificuldades de se adaptar, de forma satisfatória, os institutos do direito processual civil individual. Nesse sentido, militam: Luiz Manoel Gomes Júnior¹⁸², Luiz Rodrigues Wambier¹⁸³ e Ricardo de Barros Leonel¹⁸⁴.

Após o levantamento doutrinário realizado, pudemos identificar que a discussão contemporânea sobre a natureza jurídica da legitimidade ativa nas ações coletivas liga-se, essencialmente, ao tipo de interesse protegido. Vimos que a tentativa de se *encaixar* o fenômeno da tradicional substituição processual à ação mandamental coletiva acaba frustrada, pois a defesa, no seu âmbito, não se limita aos direitos dos membros, e os co-legitimados também podem valer-se da garantia, em se tratando de fins próprios, institucionais. Além disso, a partir do momento em que se considera possível resguardar um leque mais amplo de direitos, como os difusos, a substituição processual do direito individual mostra-se incompatível.

Pelo exposto, parece-nos necessária a adoção de uma nova classificação para tal legitimação. Nesse sentido, registramos a sugestão de Gomes Júnior, com a qual nos identificamos:

A nosso ver, nas Ações Coletivas estará sempre presente uma *legitimação processual coletiva* que é, justamente, a *possibilidade de almejar a proteção dos direitos coletivos "latu sensu" (sic) (difusos, coletivos e individuais homogêneos), ainda que haja coincidência entre os interesses próprios de quem atua com os daqueles que serão, em tese, beneficiados com a decisão a ser prolatada.*

Haverá, assim, no caso dos entes legitimados para atuar no pólo ativo das Ações Coletivas, *sempre, uma legitimação processual coletiva.*¹⁸⁵

¹⁸⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**: atualizado até 1º de março de 2006. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 339.

¹⁸¹ **Teoria...**, op. cit. p. 191.

¹⁸² Op. cit. p. 34.

¹⁸³ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença Civil**: liquidação e cumprimento. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 336.

¹⁸⁴ Op. cit. p. 159.

¹⁸⁵ Op. cit. p. 34-35.

A preocupação, portanto, segundo o autor, passa a ser com a legitimação – agora coletiva – estabelecida pela norma; porém, não se mostrando válido perquirir se aquela constitui qualquer modalidade de legitimação extraordinária (representação, substituição...). A essencialidade reside, pois, na tutela dos direitos coletivos em sentido amplo, por meio de uma abordagem diferenciada exigida pelo direito processual coletivo.

3.2 TUTELA DE INTERESSES OU TUTELA DE DIREITOS PELOS ENTES LEGITIMADOS?

Partindo da análise dos dispositivos constitucionais acerca do mandado de segurança – artigo 5º, incisos LXIX e LXX – surgiu a necessidade de se esclarecer se o *mandamus* coletivo se presta à defesa de direitos ou de interesses. Isso porque o constituinte valeu-se da expressão “para proteger direito líquido e certo” (inciso LXIX), enquanto que, posteriormente, o mesmo optou por estabelecer “em defesa dos interesses” (inciso LXX). A polêmica, portanto, instaurou-se pela própria redação dos dispositivos constitucionais.

Um primeiro posicionamento a respeito da questão é o de José Cretella Júnior. Para o autor, há diferença substancial entre interesses e direitos. Interesse, segundo sua perspectiva, constitui uma pretensão do indivíduo, cabível a todas as pessoas, enquanto direito é a pretensão protegida pela norma jurídica, sendo o direito espécie do qual o interesse é gênero.

Explana ademais que a lesão a interesses não encontra proteção jurisdicional, porque desprotegida da norma jurídica, visto que os interesses deverão ser pleiteados tão-somente na esfera administrativa. Dessa forma, defende o pensamento consistente no fato de que os interesses jamais poderão ser protegidos pelos legitimados por intermédio da ação de mandado de segurança coletivo, caso não sejam qualificados e, conseqüentemente, erigidos à categoria de direitos. Do contrário, estar-se-ia possibilitando a tutela de meros interesses. Nesse sentido, expõe:

[...] o *interesse*, por si só, não enseja possibilidade de *impetração de mandado de segurança*, quer *singular*, quer *coletivo*, a não ser que o *interesse* se classifique como *qualificado*, caso em que se erigiria à categoria de *direito*. [...] Pode o partido político do Brasil, com representação no Congresso Nacional, impetrar mandado de segurança coletivo, em defesa de INTERESSES de seus membros?

Antes de tudo, deve haver direito líquido e certo, não mero interesse, ameaçado ou violado.

[...]

O *sindicato* tem o *direito subjetivo público* de ir a juízo e impetrar mandado de segurança contra ato de autoridade que lese direito líquido e certo da categoria que representa, desde que o agente do poder público tenha agido com *ilegalidade* ou *abuso de poder*. “Interesses coletivos” não permitem a impetração de segurança, a não ser que esses *interesses* sejam fundados em norma jurídica, hipótese em que já se qualificam como *direitos coletivos*, jamais como *interesses*.

“Conceder-se-á mandado de segurança para a proteção de direito líquido e certo” – e, jamais, para a *proteção de interesses* –, “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 pública, no exercício de atribuições do poder público” (art. 5º, LXIX, da Constituição de 1988). Ora, não existe “interesse líquido e certo”.

[...]

Em *defesa de interesses*, nunca se poderá ser impetrado nem “mandado de segurança singular”, nem “mandado de segurança coletivo”. O Poder Judiciário exerce o controle jurisdicional sobre atos do poder público que ferem, tão-só, “direitos” eivados de “ilegalidade” ou “abuso de poder”. Esta parte final do art. 5º, LXX, “b” (“defesa dos *interesses* de seus membros ou associados”), pode, no entanto, ser interpretada, em consonância com o art. 8º, III (“ao *sindicato* cabe a defesa dos direitos e *INTERESSES* coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou *ADMINISTRATIVAS*”). Em questões *ADMINISTRATIVAS*, sim; em questões *JUDICIAIS*, não. *Questões administrativas*, pleiteadas na via correspondente – a via administrativa –, podem ser defendidas pelo *sindicato*, quando se trata de “interesses coletivos”, ou “interesses individuais”, desde que da categoria.¹⁸⁶

É de se vislumbrar ainda que, para o autor, os interesses coletivos encontram-se descobertos da proteção do *mandamus* coletivo, pois aquele tenta harmonizar a questão em pauta com a existência, no inciso LXIX, do chamado direito líquido e certo. Conseqüentemente, aos seus olhos, a liquidez e certeza do interesse – agora coletivo – deverá se consubstanciar, efetivamente, em um direito. Do contrário, a via mandamental torna-se imprópria.

Por seu turno, a respeito da discussão, afirma Francisco Antonio de Oliveira, contrariando a tese inicial, que:

¹⁸⁶ Op. cit. p. 83-84, 88, e 94.

No âmbito maior dos interesses poderão ser encontrados direitos que pertencem a uma pequena multidão ou a uma categoria ou parte dela.

Dispõe o art. 5º, XXXIII, CF/88 que “todos têm o direito a receber dos órgãos públicos informações do seu interesse particular, ou de interesse coletivo em geral...” Tem-se aí, um direito individual ou coletivo contido no âmbito do “interesse”.

É que certas informações poderão ser benéficas, v.g., por onde a municipalidade pretende iniciar o asfaltamento da cidade, bairro ou a sua rede de esgotos. Suponha-se que muitos daqueles moradores da região já tenham efetuado o pagamento integral da cota/asfalto. Se a prefeitura não informar, caberá o writ individual ou coletivo.

Os trabalhadores contribuem para a previdência social, mediante desconto em folha, devendo a previdência manter hospital ou postos de atendimento. Suponha-se que o único posto de atendimento em determinada região, cidade ou bairro, tenha sido desativado. Tem a coletividade o interesse legítimo de saber quando o Poder Público pretende ativá-lo. Suponha-se que o poder público se negue a dar informações. Nesse caso caberia o writ. À evidência, não é necessário que o cidadão fique doente ou que parte da coletividade será acometida de moléstia epidêmica para ter direito à informação. Todavia, o simples interesse, sem que se pressuponha contido um direito, não se traduz em fundamento para a segurança coletiva, v.g., saber se o prefeito pretende candidatar-se a deputado nas próximas eleições. O interesse há de ser legítimo.¹⁸⁷

Dessa forma, ele sustenta não se tratar da possibilidade de proteção de meros, simples interesses, mas sim de interesses legítimos passíveis de tutela jurisdicional por intermédio do mandado de segurança coletivo.

Em um estudo mais aprofundado do tema, explana Hermes Zaneti Junior que o termo “interesses” pode ser visto como uma expressão equívoca por não existir uma diferença prática entre direitos e interesses e, outrossim, porque os direitos difusos e coletivos foram constitucionalmente garantidos. Dessa forma, não se trataria de defesa de interesses e, sim, de direitos que se encontram previstos no bojo da própria constituição.¹⁸⁸

Em continuidade, explana ter ocorrido uma transposição da doutrina italiana para a nossa, da expressão “interessi legítimi”, a qual ganhou espaço na doutrina nacional, ocasionando a necessidade de distinção diante dos direitos subjetivos. Todavia, a diferenciação tem razão de ser somente na Itália, em que há um sistema separado de órgãos jurisdicionais encarregados do julgamento de um e de outro, e não uma jurisdição *una*:

¹⁸⁷ Op. cit. p. 213-214.

¹⁸⁸ ZANETI JUNIOR, Hermes. **Direitos Coletivos Lato Sensu**: a definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos stricto sensu e dos direitos individuais homogêneos, p. 5. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo14.htm>>. Acesso em: 12 ago. 2007.

O ordenamento jurídico brasileiro respeita o princípio da unidade de jurisdição e da inafastabilidade da apreciação, pelo Judiciário, da lesão ou ameaça de lesão a direito (*rectius*: afirmação). Os direitos subjetivos, no Brasil, se subdividem em direitos subjetivos privados e direitos públicos subjetivos. Contudo, o mesmo não ocorre com o sistema italiano que prevê uma separação de órgãos jurisdicionais (dualidade de jurisdição). Assim, a doutrina italiana construiu dois conceitos distintos, um referente aos direitos subjetivos e outro, aos chamados interesses legítimos. Os primeiros são julgados pela justiça civil (relações entre particulares); os outros, perante órgãos da justiça administrativa (relações entre particulares e administração pública ou de interesse social relevante).¹⁸⁹

Assim, mesmo evidenciado que o direito subjetivo vincula-se diretamente ao indivíduo com o escopo de proteção de seu interesse individual, ao tempo em que os interesses legítimos ligam-se ao interesse geral, prossegue o doutrinador esclarecendo que a distinção acaba por esvaziar-se haja vista que:

[...] tanto os direitos subjetivos como os interesses legítimos (na doutrina italiana) se tornam concretos como direitos à tutela jurisdicional; percebe-se que se trata, assim, de uma distinção histórica e peculiar ao sistema italiano, que não tem qualquer aplicação ao direito brasileiro, em que os conceitos de interesse legítimo e direito subjetivo se reduzem à categoria por nós conhecida como direitos subjetivos (que aqui podem ser públicos ou privados).

Tanto o direito subjetivo quanto o interesse legítimo são, portanto, direitos. A distinção da doutrina italiana pode fazer sentido na Itália, mas não se justifica no ordenamento brasileiro, que prevê a unidade da jurisdição. Ocorre que o legislador brasileiro foi fortemente influenciado pelo direito italiano, porque a doutrina brasileira é fortemente influenciada pela doutrina italiana, onde as categorias de direitos coletivos e direitos difusos encontram-se em território cinzento, a meio caminho entre o público e o privado, sendo constantemente referidas como “*interessi diffusi*” e “*interessi collettivi*” até mesmo pela sua aproximação, por vezes, do que se entende por “*interessi legittimi*”.¹⁹⁰

Ao que nos parece, tal diferenciação não se justificaria no nosso ordenamento jurídico, pelo fato deste se preocupar em conceder a mesma proteção tanto aos interesses quanto aos direitos. A própria Constituição, nossa lei maior, não optou por fazê-lo.

Isso porque elencou, em vários dispositivos, interesses juridicamente relevantes e passíveis de tutela. É o que sucede, *v. g.*, na hipótese de desapropriação por “interesse social” (artigo 5º, inciso XXIV e artigo 184, *caput*); na possibilidade de receber dos órgãos públicos informações atinentes a “interesse coletivo ou geral” (artigo 5º, inciso XXXIII); na defesa dos “interesses coletivos ou individuais da categoria”, judicial ou extrajudicialmente, pelo sindicato (artigo 8º, inciso III); na proteção pelo Ministério Público dos “interesses sociais e individuais

¹⁸⁹ Ibid. p. 6.

¹⁹⁰ Ibid. p. 6.

indisponíveis” (artigo 127, *caput*), dos “interesses difusos e coletivos” por meio do inquérito civil e da ação civil pública (artigo 129, inciso III), bem como dos direitos e “interesses das populações indígenas” (art. 129, inciso V); na intervenção direta do Estado na atividade econômica em virtude de relevante “interesse coletivo” (artigo 173, *caput*); na estruturação do sistema financeiro nacional de modo a servir aos “interesses da coletividade” (artigo 192, *caput*). Desses dispositivos emana, visivelmente, um conceito de interesse não mais visto sob a óptica estritamente individualista.

A posição ratifica-se com o entendimento de Ada Pellegrini Grinover ao pontuar a perda de consistência de tal discussão e sua conseqüente ausência de razão prática no processo:

[...] exatamente na medida em que os ordenamentos jurídicos da atualidade se preocupam em dar a mesma proteção a uns e outros, independentemente de sua divisibilidade e de sua precisa titularidade.

A distinção – que no sistema jurídico brasileiro é inteiramente despicienda, pois nem mesmo a justifica o critério de competências estabelecido nos países que adotam o contencioso administrativo – seria retrógrada e não levaria em conta as modernas tendências do direito e do processo.¹⁹¹

Outrossim, mostra-se pertinente a doutrina de Kazuo Watanabe segundo a qual não há que se tentar estabelecer uma nítida diferenciação, tanto em nível teórico como prático, aos interesses e aos direitos, haja vista que “a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os “interesses” assumem o mesmo *status* de “direitos”.”¹⁹²

Prossegue o autor evidenciando que o abandono de uma visão individualista quanto aos interesses fizeram com que estes pudessem ser protegidos juridicamente. Trata-se, portanto, de uma concepção mais ampla, flexível do direito subjetivo encartada pelo direito positivo:

A necessidade de estar o direito subjetivo sempre referido a um titular determinado ou ao menos determinável impediu por muito tempo que os “interesses” pertinentes, a um tempo, a toda uma coletividade e a cada um dos membros dessa mesma coletividade, como por exemplo, os “interesses” relacionados ao meio ambiente, à saúde, à educação, à qualidade de vida etc., pudessem ser havidos por juridicamente protegíveis. Era a estreiteza da concepção tradicional do direito subjetivo, marcada profundamente pelo liberalismo individualista, que obstava a essa tutela jurídica. [...] Hoje, com a concepção mais larga do direito subjetivo, abrangente também do que outrora se tinha como “interesse” na ótica (sic) individualista então predominante, ampliou-se o espectro de tutela jurídica e jurisdicional. Agora, é a própria Constituição Federal que, seguindo a

¹⁹¹ Op. cit. p. 79.

¹⁹² Op. cit. p. 800.

evolução da doutrina e da jurisprudência, usa os termos “interesses” (art. 5º, LXX, *b*), “direitos e interesses coletivos” (art. 129, nº III), como categorias amparadas pelo Direito. Essa evolução é reforçada, no plano doutrinário, pela tendência hoje bastante acentuada de se interpretar as disposições constitucionais, na medida do possível, como atributivas de direitos, e não como meras metas programáticas ou enunciações de princípios.¹⁹³

Infraconstitucionalmente, é possível, outrossim, vislumbrarmos leis ordinárias que buscam amparar de forma igualitária o binômio. É o que sucede de forma expressa, por exemplo, com a que disciplina a ação civil pública (Lei n. 7.347/85)¹⁹⁴ e a que institui o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90)¹⁹⁵.

Conseqüentemente, a não existência de uma maior preocupação com a diversificação de tratamento com relação a “direitos” ou “interesses”, leva-nos a crer que os termos empregados no texto da Constituição Federal, nos incisos LXIX e LXX, alínea “b”, do artigo 5º constituem expressões sinônimas; utilizadas com um mesmo sentido, o que afasta, por conseguinte, a idéia de que a liquidez e certeza do interesse (agora coletivo) deverá se consubstanciar, efetivamente, em um direito.

Pelo exposto, quanto à questão do mandado de segurança coletivo voltar-se exclusivamente à proteção de direitos e não interesses, entendemos que a posição inicial acaba perdendo força diante das demais, principalmente, porque aquela adota uma interpretação restritiva da garantia constitucional a fim de evitar que interesses coletivos lesados ou ameaçados sejam apreciados pelo Poder Judiciário por assumi-los como sendo *meros* interesses e não interesses legítimos passíveis de tutela jurisdicional.

Todavia, a diferenciação entre direitos subjetivos e interesses legítimos (ou jurídicos), que, conforme noticiado, teria advindo de um italianismo, não se sustenta,

¹⁹³ Op. cit. p. 800-801.

¹⁹⁴ Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

[...]

V - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

¹⁹⁵ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

[...]

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

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

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

tendo em vista que nosso ordenamento jurídico orientou-se no sentido de conferir a mesma proteção tanto aos interesses quanto aos direitos, seja em âmbito constitucional seja em infraconstitucional.

Ademais, cremos que não se trata de harmonizar a possibilidade de proteção jurídica de interesses com a questão do direito material, líquido e certo, do inciso LXIX, e sim da ampla esfera de proteção que a garantia proporciona em âmbito coletivo.

Portanto, perante a garantia constitucional do mandado de segurança há que se prevalecer uma tutela abrangente de pretensões coletivas. Nesta esteira, concluímos não existir diferenciação prática, para a finalidade do instituto, que proporciona à sociedade um instrumento processual efetivo de defesa de direito líquido e certo.

3.3 OS DIREITOS TUTELÁVEIS EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

A ação mandamental coletiva, em sintonia com as tendências mais atuais da ciência do Direito, confere aos seus co-legitimados a prerrogativa de defesa tanto de direitos como de interesses. Entretanto, não obstante a referida amplitude, o texto constitucional não definiu, ou melhor, especificou quais os direitos (*rectius*: interesses) abarcados pela ação, fato que levou à discussão sobre a natureza daqueles.

O adjetivo “coletivo” presente no *caput* do inciso LXX deu azo à indagação se a segurança estaria adstrita somente aos direitos subjetivos de grupos ou coletividades ou se, por outro lado, aquela se voltaria não apenas aos direitos coletivos *stricto sensu*, mas às três categorias coletivamente consideradas: coletivos, difusos e individuais homogêneos. Ary Azevedo Franco Neto, em análise da previsão constitucional, também evidenciou que a ambigüidade, e conseqüente incerteza, no tocante aos interesses salvaguardados pela garantia coletiva seriam

originárias da expressão “interesses de seus membros e associados” da alínea *b*. Nesse sentido pontua:

A Constituição Federal quando se utilizou da expressão “interesses de seus membros e associados” (art. 5º, LXX, *b*), ao referir-se às entidades associativas em geral, reacendeu, de logo, a velha polêmica acerca do sentido ambíguo do termo “interesses coletivos”, querendo significar ora os direitos coletivos de caráter coletivo (pluralidade de titulares identificáveis), ora aqueles ditos difusos (exercidos por todos da coletividade sem possibilidade de subdivisão), pelo que passou-se (sic) a questionar se o mandado de segurança coletivo estaria referido a ambos ou apenas àqueles direitos tecnicamente definidos como coletivos.¹⁹⁶

Independentemente do atual foco gerador do debate, Celso Agrícola Barbi, já em 1962 – muito antes da garantia da segurança coletiva ser prevista constitucionalmente – em conferência no Instituto dos Advogados do Brasil, procurou demonstrar

[...] com base no parágrafo 1º do art. 6º da Lei 191, de 16.01.1936, cujo princípio foi repetido no parágrafo 1º da Lei 1.533, de 31.12.1951, que, no âmbito do mandado de segurança, havia lugar para proteção dos chamados interesses legítimos, que integram hoje os chamados “interesses difusos” ou “interesses coletivos” ou “direitos coletivos”, com legitimação dos interessados para requerer a medida judicial.¹⁹⁷

O autor nos noticia, entretanto, que, apesar do esforço, não foram obtidos resultados práticos imediatos à época.

Contemporaneamente, a celeuma conta com uma posição doutrinária restritiva, a qual pugna pela defesa, através da ação mandamental, apenas de direitos estritamente coletivos, de grupos e tende a afastar uma maior abertura do seu âmbito de utilização, essencialmente em virtude dos direitos difusos. Um dos argumentos concentra-se na negativa de manejo da garantia, em razão dos interesses difusos poderem ser resguardados por outros meios processuais, em especial a ação civil pública consagrada na Lei n. 7.347/85.

Um segundo ponto levantado reside na incompatibilidade dos interesses difusos e a necessidade de comprovação do direito líquido e certo quando da impetração, pois se afirma que aqueles sendo muito amplos, fluidos se torna impossível a indicação de pronto dos seus efetivos titulares, o que veda o uso do

¹⁹⁶ FRANCO NETO, Ary Azevedo. Mandado de segurança coletivo – legitimação das entidades associativas para a defesa de interesses coletivos. **Revista dos Tribunais** n. 677. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 1992. p. 7-8.

¹⁹⁷ **Mandado**..., op. cit. p. 98.

writ. Vincula-se, dessa forma, a conceituação de direito líquido e certo à titularidade do direito material invocado.

Nessa vereda, assenta Ernane Fidélis dos Santos a idéia de que a extensão do mandado de segurança não abriga os direitos difusos, mas tão-somente os interesses de grupos determinados:

O que, na verdade, aconteceu é que a lei constitucional, ao admitir o “mandado de segurança coletivo”, não lhe deu extensão tal que também passasse a ser forma de proteção de interesses difusos propriamente ditos. Continua o *mandamus* a ser forma própria para deduzir pretensão de reconhecimento e “direitos individuais”, podendo apenas haver a proteção de tais direitos dimensionados coletivamente, isto é, direito que o indivíduo, parceladamente, com pretensão própria, pode defender, mas que, em visão conjunta, revela interesse de todo um grupo determinado, ainda que seja para a coletividade.¹⁹⁸

Comunga da mesma interpretação Pedro da Silva Dinamarco, para quem:

Nenhum dos legitimados a ajuizar mandado de segurança coletiva pode agir na defesa de interesses difusos, transcendentés à categoria. Tampouco podem defender interesses individuais homogêneos. Essa legitimidade está adstrita aos interesses coletivos (em sentido estrito), comuns a todos os membros de uma categoria qualquer. Ou seja, segundo penso, o mandado de segurança visa a proteger apenas uma categoria pré-constituída.¹⁹⁹

Ainda segundo o entender de Athos Gusmão Carneiro, o *writ* constitui “de todo inadmissível, relativamente aos chamados “direitos” ou “interesses difusos”, para cuja tutela remédio jurídico outro, a ação civil pública, deve ser utilizado”.²⁰⁰

Segue igual pensar Uadi Lamêgo Bulos ao estatuir como “impertinente a utilização do writ coletivo para tutelar interesses difusos, os quais são perfeitamente protegidos por outros meios processuais, valendo destacar a ação civil pública (Lei 7.347/85)”.²⁰¹ Entretanto, muito embora o autor prossiga defendendo a possibilidade de proteção de direitos individuais homogêneos pela via mandamental, o mesmo permanece afastando da segurança os tidos como difusos, por não comportarem – segundo sua perspectiva – comprovação documental quando da impetração:

¹⁹⁸ SANTOS, Ernane Fidélis dos. Mandado de segurança individual e coletivo: legitimação e interesse. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul* n. 45. Porto Alegre: Ajuris, mar. 1989. p. 32.

¹⁹⁹ DINAMARCO, Pedro da Silva. A sentença e seus desdobramentos no mandado de segurança coletivo individual e coletivo. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos do mandado de segurança**: 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 693.

²⁰⁰ Op. cit. p. 55.

²⁰¹ Op. cit. p. 64.

É justamente a certeza e liquidez do direito, cuja verificação judicial só se faz possível através de prova documental, que descarta a hipótese dos direitos difusos serem resguardados pelo mandado coletivo.

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

Creemos que os interesses difusos, por serem espalhados “desorganizados”, muito amplos, fluidos e amorfos, não podem ser comprovados documentalmente, na petição inicial. [...]

Os interesses individuais homogêneos comportam a segurança coletiva.

Por ajustarem-se aos requisitos constitucionais, indispensáveis à propositura do writ coletivo, os interesses individuais homogêneos podem servir de substrato para os partidos políticos, sindicatos, associações e entidades de classe ingressarem em juízo.

Estes interesses, diferentemente daqueles outros, embutem-se na estrutura procedimental do mandado de segurança coletivo, vez que guardam algum tipo de referência com o grupo social, sendo oriundos de situações comuns, promanados de uma mesma origem.²⁰²

Não obstante as razões aventadas, entendemos que as teses não se apresentam sustentáveis. Em primeiro aspecto, a afirmação no sentido de que não há como ampliar o alcance da ação mandamental coletiva porque a ação civil pública melhor se prestaria à defesa de direitos/interesses difusos fere o acesso à justiça previsto constitucionalmente no artigo 5º, inciso XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ademais, também a ação popular constitucional estabelecida no artigo 5º, inciso LXXIII e regulamentada pela Lei n. 4.717/65 se volta para a proteção de direitos difusos.

Nesse sentido, não nos mostra procedente que um instrumento processual anule, exclua, afaste o uso de outro se o intuito deve ser exatamente o oposto, qual seja: o de dotar o ordenamento jurídico de instrumentos efetivos de tutela coletiva,

²⁰² Id., *ibid.* p. 65-66. Também Ovídio Baptista da Silva entende que o mandado de segurança coletivo não pode tutelar os denominados interesses difusos, pois – consoante sua posição – “[...] o mandado de segurança – enquanto *processo sumário documental* – não se coaduna e nem poderá, jamais, abrigar sob o manto de sua proteção alguma coisa que não seja, rigorosamente, um “direito subjetivo líquido e certo”. Somente a *evidência probatória* desta categoria jurídica, capaz de ser provada documentalmente, poderá ter como veículo o procedimento resumido e célere do mandado de segurança. [...] Os direitos que podem ser objeto do mandado de segurança coletivo, são os direitos (individuais) comuns a uma coletividade de legitimados. A índole do mandado de segurança não permite que se vá além disso”. (SILVA, Ovídio Baptista. Mandado de segurança – meio idôneo para a defesa de interesses difusos? **Revista de Processo** n. 60. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 1990. p. 137 e 144).

mesmo que isso venha a implicar a existência de mais de um meio processual para a defesa dos mesmos direitos.

Em complementação, vemos como válido o comentário de Marcelo Navarro Ribeiro Dantas:

Não se queira, a essa altura, desesperadamente, dizer que os writs constitucionais não se compadecem com a proteção de direitos difusos. Basta ver que o mandado de injunção destina-se a proteger o direito sem dúvida difuso à completa efetivação das prerrogativas e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.²⁰³

O segundo aspecto repousa na necessária liquidez e certeza do direito à impetração do *writ* e a incompatibilidade com a natureza fluida dos interesses difusos. Cremos que o óbice à vinculação do pressuposto constitucional ao fato de estar em jogo a defesa de um direito difuso não se sustenta. A errônea percepção baseia-se na afirmação de que os interesses difusos, por dizerem respeito a objeto indivisível ou de natureza indivisível, não comporta a apuração do direito líquido e certo, pois como seus efetivos titulares são impossíveis de serem identificados, entende-se como não cabível a ação mandamental para referida espécie de interesses.

Todavia, a noção de direito líquido e certo – segundo nosso entendimento – ainda que relacionada a uma pretensão difusa, mostra-se como o direito deduzido com plausibilidade e comprovado documentalmente de início, com a desnecessidade de eventuais dilações probatórias ou de maiores perquirições em relação à matéria fática ali disposta pelo ente co-legitimado. Em vista disso, uma vez substancialmente demonstradas, quando da impetração: a existência e a possibilidade de comprovação do direito difuso alegado, bem como a ilegalidade ou abuso de poder por parte de autoridade ou de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do Poder Público, não há que se tentar vincular a necessidade de identificação dos titulares ao direito material invocado.

Assim, muito embora não discordemos da pressuposição da liquidez do direito e da certeza dos fatos para que seja viável o mandado de segurança coletivo, comungamos com a visão de Ivan Lira de Carvalho ao entender que: “essa

²⁰³ Op. cit. p. 108.

admissibilidade pode ser perfeitamente executada no trato de direitos difusos, pois o que é “líquido e certo” para o indivíduo, pode também sê-lo para a coletividade”.²⁰⁴

Em contraposição, outra corrente doutrinária advoga pensamento no sentido de constituírem-se objeto passível de tutela pelo mandado de segurança coletivo os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Nessa esteira, encontramos os dizeres de Lúcia Valle Figueiredo:

O mandado de segurança coletivo presta-se, não só à defesa dos direitos coletivos, mas também dos difusos.

A declaração de direitos individuais e coletivos abriga também os difusos. Assim, teríamos o adjetivo **coletivo** usado em sentido genérico, do qual seriam espécies o coletivo, em sentido estrito, como também o difuso.²⁰⁵

Este entendimento é compartilhado, dentre outros, por Ada Pellegrini Grinover²⁰⁶, Pedro Lenza²⁰⁷, José da Silva Pacheco²⁰⁸, Luiz Alberto Gurgel de Faria²⁰⁹, Alexandre de Moraes²¹⁰, Lourival Gonçalves de Oliveira²¹¹ e José Antonio Remédio²¹². Segundo eles, na interpretação do texto constitucional, deve preponderar uma exegese ampliada, significando que tanto a alínea “a” como a alínea “b” do inciso LXX se direcionam à proteção de todas as categorias de interesses e direitos. Estaria, nesse passo, empregado o adjetivo coletivo de modo amplo a referir-se:

[...] a tudo que emana e atinge uma realidade distinta da mera somatória de individuais manifestações exercidas ao mesmo tempo, e pela mesma via. É coletivo na essência, e não pela forma de exercitá-lo. E assim é, como parece evidenciar. Tem-se pois o termo coletivo, empregado no Texto Fundamental, na parte pertinente ao novel instituto em estudo, de forma ampla e genérica, não correspondendo exclusivamente à noção de direito coletivo, especificamente considerado, mas a todos os direitos, inclusive este, desde que coletivos em suas essências, sejam difusos, ou ainda os individuais homogêneos.²¹³

²⁰⁴ CARVALHO, Ivan Lira de. O mandado de segurança coletivo e os partidos políticos. **Revista de Processo** n. 72. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 1993. p. 85.

²⁰⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Partidos políticos e mandado de segurança coletivo. **Revista de Direito Público** n. 95. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. 1990. p. 38.

²⁰⁶ Op. cit. p. 79.

²⁰⁷ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005. p. 571.

²⁰⁸ Op. cit. p. 328-329.

²⁰⁹ FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. Mandado de segurança coletivo – legitimação e interesse. **Revista dos Tribunais** v. 687. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1993. p. 37.

²¹⁰ Op. cit. p. 174.

²¹¹ OLIVEIRA, Lourival Gonçalves de. Interesse processual e mandado de segurança coletivo. **Revista de Processo** n. 56. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 1989. p. 80.

²¹² REMÉDIO, José Antonio. **Mandado de segurança individual e coletivo**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 482-483.

²¹³ Cf. UGGERE, Carlos Alberto Pimentel. Op. cit. p. 76.

Ademais, há de se registrar que as palavras contidas no bojo da Constituição devem ser entendidas em seu sentido geral e comum. Isso porque o sentido do próprio texto constitucional não é técnico, mas político. A Lei Maior é e foi elaborada para o povo; aqui entendido como todos os brasileiros, tanto os desconhecedores, como os familiarizados da linguagem técnico-jurídica.²¹⁴ Do contrário, estar-se-ia a exigir que fosse expressamente registrado no texto constitucional, juntamente à figura do mandado de segurança *coletivo*, um mandado de segurança *difuso* e, ainda, um mandado de segurança *individual homogêneo*, a fim de que um elenco maior de direitos metaindividuais pudesse ser resguardado pela via mandamental.

Nesse passo, a concepção mais abrangente em relação aos direitos tuteláveis, defendida por esta segunda gama de doutrinadores, nos parece ser a adequada e a mais coerente. Isso porque o entendimento que se deva dar efeito restritivo à interpretação quanto ao campo de incidência do mandado de segurança coletivo implicaria retirar a sua eficácia, em despotencializar o *writ*.

Além disso, levando-se em consideração o berço constitucional do *mandamus*, o qual se apresenta atualmente como garantia constitucional que visa a resguardar direitos coletivos; vê-se que sua maior efetividade só será atingida a partir do momento em que a proteção não se estabelecer exclusivamente em prol de direitos de classes, de grupos ou de associados. Sendo assim, não vemos como possível restringir a sua aplicação, vez que não teria sido este o sentido que a Constituição procurou imprimir ao instituto.²¹⁵ Admitir-se, portanto, o mandado de segurança como veículo incompatível com a defesa de todas as espécies de interesses transindividuais configurar-se-ia:

[...] alijar os direitos difusos e individuais homogêneos de um meio célere e seguro para sua defesa, mormente quando a necessidade premente o requer. Na linha do privilegiamento dos interesses transindividuais e dos mecanismos de acesso à justiça pelo legislador constituinte, não se compreende que ele tenha retirado esses interesses da esfera do mandado de segurança coletivo.²¹⁶

²¹⁴ Anotações em sala. Disciplina “Hermenêutica Constitucional”, ministrada pela Prof. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega. Mestrado/UNAERP – SP, 2006.

²¹⁵ Manifestamos como legítimo este parâmetro, da possibilidade de ampla tutela de direitos coletivos, inclusive para afastar a exigência de pertinência temática quando da sua impetração por associações. V. adiante item 3.5.1.

²¹⁶ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e Ações Coletivas**: Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTr, 2003. p. 429.

No ponto, mister é perceber, outrossim, como aduz José da Silva Pacheco, que a nossa Constituição, ao elencar certos direitos, não o fez de modo a induzir a uma interpretação fechada de seu texto:

A Constituição de 1988 reconheceu e protegeu, expressamente, certos interesses coletivos, que menciona tanto no Título I, como nos demais, e, além desses, os decorrentes do regime e dos princípios adotados ou dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte.

Aliás, o disposto no § 2º do art. 5º da CF/88, proveniente do art. 78 da Constituição de 1891, foi repetido em todas as anteriores, inspirado na Emenda 9 à Constituição americana de 1791, *in verbis*: “A enumeração de certos direitos na Constituição não deve ser interpretada como anulação ou restrição de outros direitos mantidos pelo povo”.

A Constituição, pois, não sendo exaustiva, admite outros direitos explícitos ou implícitos no ordenamento jurídico.²¹⁷

Ainda sobre a discussão, encontramos o parecer de Nelson Nery Junior que, mesmo sob outros argumentos, nos apresenta igual conclusão. Sua idéia assenta-se no fato de que o termo coletivo veio contrapor o mandado individual já existente e, conseqüentemente, referir-se à legitimidade ativa do impetrante para a causa; e não delimitar os direitos passíveis de proteção pela ação coletiva:

O escopo da Constituição Federal quando criou o mandado de segurança coletivo, não foi o de restringi-lo a que as entidades legitimadas defendessem somente os direitos de seus associados, ou, ainda, os coletivos de uma categoria ou grupo de pessoas. Ao contrário, foi estabelecer única e simplesmente regra processual de legitimação ativa para a causa.

Em sendo isto correto, o termo “coletivo” utilizado no inc. LXX do art. 5º, o foi em sentido diverso das expressões “difusos e coletivos” do art. 129, III. Com efeito, o termo coletivo do art. 5º, não se refere ao interesse ou direito buscado pelo mandado de segurança, mas sim à qualificação de um instituto novo, que se contrapõe à titularidade ativa do já tradicional mandado de segurança, que se prestava à defesa de interesse unicamente individual segundo a Constituição Federal de 1969.

Entre outras palavras: mandado de segurança coletivo é o mesmo mandado de segurança do inc. LXIX do art. 5º da CF de 1988, somado à peculiaridade de que a *legitimatio ad causam* para sua impetração é conferida a entidades e partidos políticos com representação no Congresso Nacional, isto é, com uma legitimação não individual para a causa. [...] O instituto presta-se, portanto, à defesa de interesses individuais, difusos e coletivos.²¹⁸

Diante do esposado, posicionamo-nos favoravelmente à tese que pugna pela defesa ampla de direitos pelo mandado de segurança coletivo, pois não entendemos

²¹⁷ Op. cit. p. 331-332.

²¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson. Mandado de segurança coletivo. **Revista de Processo** n. 57. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1990. p. 153.

que a ação coletiva constitui meio processual específico, constitucionalmente garantido para a tutela de direitos coletivos em sentido estrito. A própria Constituição, no artigo 5º, parágrafo 2º nos proporciona essa noção e nos leva, por conseguinte, a crer que não se trata de direitos coletivos especificamente considerados, mas sim de todos os direitos coletivos, sejam eles difusos ou individuais homogêneos.

Por fim, em apertada síntese, vemos por bem não admitir as posições focadas, essencialmente: na concessão de tamanha precisão vocabular ao termo coletivo no intuito de restringir a segurança aos direitos de grupos ou de categorias; no afastamento da utilização do *mandamus* coletivo, tendo em vista os direitos difusos e a existência, no nosso ordenamento jurídico, de outros instrumentos processuais coletivos hábeis a ampará-los; e na impossibilidade de comprovação do pressuposto consubstanciado no direito líquido e certo, uma vez que a lesão (ou sua ameaça) se refira à pretensão difusa.

3.4 PARTIDOS POLÍTICOS: REQUISITOS PARA ATUAÇÃO

Consoante o escólio de José Afonso da Silva ²¹⁹, o partido político configura “uma forma de agremiação de um grupo social que se propõe organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular, com o fim de assumir o poder para realizar seu programa de governo”. É “antes de tudo, *associação*, ou *corporação*, surgindo, em sua estrutura, como *agrupamento de pessoas*, isto é, *universitas personarum*”. ²²⁰

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior salientam o fato de que

[...] vige em nosso sistema constitucional a liberdade de criação de partidos, devendo-se observar, contudo, algumas limitações de caráter quantitativo e qualitativo. Em nível quantitativo, o único aspecto a ser observado é o de que os partidos políticos devem possuir caráter nacional. Em nível qualitativo, estão vinculados ao respeito das seguintes premissas:

²¹⁹ Op. cit. p. 458-459.

²²⁰ Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit. p. 81.

o princípio democrático, pluripartidarismo e a não utilização de organizações paramilitares.²²¹

De livre criação, fusão, incorporação ou extinção, nos termos do artigo 17 da Constituição Federal, o partido político se constitui ao mesmo modo das associações civis, em obediência ao disposto no artigo 45, *caput*, do atual Código Civil:

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

- I - caráter nacional;
- II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;
- III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;
- IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

[...]

§2º Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passam o ato constitutivo.

Nesse sentido, outrossim, a Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), ao regulamentar o artigo 17 da Constituição, estabeleceu:

Art. 1º O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.

Art. 2º É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos cujos programas respeitem a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana.

[...]

Art. 7º O partido político, após adquirir personalidade jurídica na forma da lei civil, registra seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral.

§ 1º Só é admitido o registro do estatuto de partido político que tenha caráter nacional, considerando-se como tal aquele que comprove o apoio de eleitores correspondente a, pelo menos, meio por cento dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço, ou

²²¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 192.

mais, dos Estados, com um mínimo de um décimo por cento do eleitorado que haja votado em cada um deles.

§ 2º Só o partido que tenha registrado seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral pode participar do processo eleitoral, receber recursos do Fundo Partidário e ter acesso gratuito ao rádio e à televisão, nos termos fixados nesta Lei.

§ 3º Somente o registro do estatuto do partido no Tribunal Superior Eleitoral assegura a exclusividade da sua denominação, sigla e símbolos, vedada a utilização, por outros partidos, de variações que venham a induzir a erro ou confusão.

Dessa forma, mediante o requerimento de registro de seu estatuto em cartório competente do Registro Civil das Pessoas Jurídicas e, posteriormente, junto ao Tribunal Superior Eleitoral, o partido político adquire personalidade jurídica e passa a ter legitimidade necessária para atuar nas causas de seu interesse, defendendo, assim, direitos próprios, bem como de seus membros ou associados por meio da ação de mandado de segurança coletivo, por força do disposto no artigo 5º, inciso LXX, alínea a, da Constituição.

Em continuidade, nota-se que a legitimidade trazida pelo referido dispositivo constitucional não foi, absolutamente, conferida a qualquer partido político, mas somente àquele que possua efetiva representatividade no Congresso Nacional. Esta, portanto, constitui um segundo requisito imprescindível ao partido que pretenda impetrar a ação mandamental coletiva. Logo, “como sujeitos de direito, têm legitimidade para atuarem em juízo, e, se possuírem representação no Congresso Nacional, poderão aforar o mandado de segurança coletivo”.²²²

O requisito faz, pois, referência à representação exercida, ao menos, por um deputado federal ou por um senador. Nesse sentido, disserta Lenza: “No tocante aos partidos políticos, bastará a existência de um único parlamentar na Câmara ou Senado, filiado ao partido, para que se configure a ‘representação no Congresso Nacional’”²²³. Pressupõe-se, portanto, que “mantenham representação no Congresso Nacional, isto é, gozem de legitimidade representativa em âmbito nacional”.²²⁴

Francisco Antonio de Oliveira vai mais além ao ponderar que:

Nos termos do art. 17, § 2º, da Carta Magna os partidos políticos adquirem personalidade jurídica na forma da lei civil, com respectivo registro dos seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral. Isso significa que somente após atendida essa formalidade é que o partido político estará legitimado a

²²² Cf. BULOS, Uadi Lamêgo. Op. cit. p. 45.

²²³ **Direito...**, op. cit. p. 571.

²²⁴ Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. Op. cit. p. 61.

figurar no pólo ativo do mandado de segurança coletivo. **E mais. A representação do partido político em tais casos será daquelas pessoas indicadas no estatuto e não de qualquer membro do partido. Eis aí um pressuposto específico de admissibilidade do mandado de segurança coletivo.** ²²⁵ (grifo nosso)

Igualmente afirma José Antonio Remédio:

No tocante à representação em Juízo, como o partido político tem caráter nacional e personalidade jurídica na forma da lei civil, sua representação será exercida pelo órgão constante do respectivo estatuto.

Junto ao Tribunal Superior Eleitoral só poderá funcionar o Diretório Nacional (Lei Orgânica dos Partidos Políticos, art. 58, art. 5º, § 7º). ²²⁶

Nessa esteira, é de se concluir como imperativa a existência de representação no Congresso Nacional, configurada na presença de no mínimo um parlamentar junto à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal, por parte do partido político que pretenda impetrar o *writ* coletivo, pois a exigência adveio da própria Constituição Federal, com a ressalva de que poderão figurar no pólo ativo tão-somente os membros indicados no seu estatuto.

3.4.1 A Extensão da Legitimação Conferida ao Partido Político

Ao analisarmos a atuação do partido político, em sede de mandado de segurança coletivo, assume importância a abordagem consistente na devida extensão da sua legitimidade ativa ao defender direitos pelo *writ*.

No intuito de se estabelecer uma delimitação do referido âmbito de atuação, vários doutrinadores, em um esforço interpretativo, buscaram fazê-lo a partir de uma possível premissa, estabelecida pelo próprio texto constitucional, no sentido de que a legitimidade para a impetração de mandado de segurança coletivo teria sido conferida pela Lei Maior sem qualquer condicionamento; pois – à primeira vista – o inciso LXX, do artigo 5º teria vinculado a impetração por organização sindical, entidade de classe ou associação à “defesa dos interesses de seus membros ou associados” (alínea a) e, em relação aos partidos políticos, teria deixado de fixar sua

²²⁵ Op. cit. p. 223.

²²⁶ Op. cit. p. 520.

esfera de atuação ao dispor tão-somente “partido político com representação no Congresso Nacional” (alínea *b*).²²⁷

Não obstante a atual assimetria entre as disposições constitucionais, a possibilidade de defesa de interesses de seus filiados por intermédio do *writ* coletivo não gera maiores discussões em âmbito doutrinário, uma vez entendido seu cabimento. Nesse passo, o escopo tem sido o de estabelecer precisamente, quanto aos partidos políticos, a hipótese de defesa de outros direitos, como os difusos ou os coletivos; ainda que não seja estabelecido um vínculo entre os interesses carentes de proteção e os seus membros ou entre aqueles e o programa partidário adotado.

Apreciando a matéria, alguns autores endossam a idéia de que o partido político só poderia defender, por meio da ação mandamental coletiva, além de direitos dos filiados, prerrogativas ligadas à cidadania e direitos políticos, bem como direitos atinentes ao processo eleitoral. O entendimento que outorga efeitos restritivos à interpretação é compartilhado por Carlos Mário Velloso, ao afirmar que o direito a ser pleiteado “deve ser de natureza política, assim um direito político ou com este relacionado (Constituição, arts. 14, 15 e 16) ou referido ao partido político (Constituição, art. 17). O partido político, outrossim, somente poderia impetrar mandado de segurança a favor de filiados seus”.²²⁸

Outros buscam atrelar a atuação do ente co-legitimado ao fixado em seu programa partidário, a fim de validar seu ingresso em juízo, no caso do pleito não se

²²⁷ José Afonso da Silva esclarece que as primeiras redações constituintes do mandado de segurança coletivo relacionavam, de forma expressa, os partidos políticos ao mesmo objeto das demais entidades, qual seja: a defesa de interesses de seus membros e associados. A propósito, expõe o autor as mutações sofridas nas várias fases de elaboração constitucional até a redação final do atual inciso LXX: “Anteprojeto Nelson Friedrich, art. 29 – “O mandado de segurança coletivo para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, pode ser impetrado por Partidos Políticos, organizações sindicais, órgãos fiscalizadores do exercício da profissão, associações de classe e associações legalmente constituídas e em funcionamento há, pelo menos, um ano na defesa dos interesses de seus membros ou associados”. Esta redação passou para o Projeto aprovado na Comissão de Sistematização (art. 6º, § 50), com a supressão da cláusula “para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*”. A redação sugerida pelo Relator Bernardo Cabral, para o primeiro turno e aí aprovada, despertou a atenção para a delimitação do objeto do mandado de segurança coletivo dos partidos. Veio ela no art. 5º, LXXI: “conceder-se-á mandado de segurança coletivo, *em defesa dos interesses de seus membros ou associados*, por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano”. A rigor, essa redação correspondia à que foi aprovada na Comissão de Sistematização. Houve, porém, reação ao enquadramento dos partidos nesses limites da legitimação, de onde, em negociação de lideranças, transpôs-se aquela cláusula para o final da alínea *b*, vinculada apenas a entidades ali referidas”. (Op. cit. p. 458).

²²⁸ Op. cit. p. 20.

fundar em direitos dos filiados. José Carlos Barbosa Moreira entende que a impetração poderia se voltar para a defesa de não-membros, desde que tais pessoas sejam destinatárias de algum ponto do programa de governo. Seria um modo, para ele, de vindicação judicial do seu próprio programa. Expõe, assim, que:

[...] se houver um tópico no qual o partido se coloque, programaticamente, a favor de determinado interesse, penso que ele poderá usar o Mandado de Segurança Coletivo diante de ato supostamente ilegal ou abusivo praticado por autoridade pública (propriamente dita ou equiparada) que viole interesse, que seja contrário ao interesse defendido no programa partidário, para proteção desse direito, beneficiando, portanto, não apenas pessoas que estejam inscritas, que pertençam aos seus quadros. Acho que o partido pode defender, pelo Mandado de Segurança Coletivo, não apenas os interesses de seus membros, daqueles que integram seus quadros, como também os de todas as pessoas que sejam destinatárias de algum ponto de programa do partido.²²⁹

Ainda a propósito, apreciando a matéria, há quem sustente a defesa de direitos coletivos *stricto sensu* pelos partidos políticos, desde que exista uma vinculação ao programa estabelecido. Ivan Lira de Carvalho assume este posicionamento, ao asseverar que a matéria levada à apreciação judicial “há que estar contemplada, pelo menos de forma genérica, no programa partidário. Se tal não acontece, não pode o partido político posicionar-se como substituto processual das pessoas detentoras do direito transindividual”.²³⁰

Para José Maria Othon Sidou, é possível a defesa de direitos difusos ou coletivos, uma vez que o partido se sinta convencido do ingresso em juízo, pois a questão em pauta consta dos objetivos e das propostas de seu programa; do contrário, não se mostra pertinente a impetração:

O dispositivo constitucional, ao diverso do trato que impõe às demais organizações, não subordina a legitimação extraordinária de partido político “à defesa dos interesses de seus membros”. Não é preciso, portanto, que sejam integrantes do partido aqueles com direito de defender, para que se exercite a atividade processual. Logo, trata-se da defesa de um direito difuso, direito do povo ou que a um segmento do povo toca, ante o qual a organização política se sente impulsionada para defender, por constituir comprometimento de seu programa. E, pondere-se que partido nenhum vai à liça em defesa de direitos difusos que não coincidam com os de seu programa.²³¹

Da análise de tais pontos de vista, vê-se que, em um primeiro momento, pode transparecer que o interesse legitimador do partido político encontra-se restringido

²²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição de 1988. **Revista de Processo** n. 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1991. p. 197.

²³⁰ Op. cit. p. 85.

²³¹ **Habeas corpus...**, op. cit. p. 260.

àquele da comunidade partidária, relacionado com os respectivos direitos políticos constitucionalmente garantidos nos artigos 14, 15 e 16, da Constituição Federal; ou ligado às diretrizes traçadas em seu plano de governo.

Nesse diapasão, entendemos pela validação parcial dos raciocínios apresentados, pois visualizamos como legítima a impetração que tenha como embasamento a defesa de interesses os quais o próprio partido teria proposto resguardar com a sua criação: políticos, dos filiados ou constantes de modo expreso em seu programa de governo.

Todavia, em cotejo com o estabelecido no artigo 5º, da Constituição Federal, vemos que o mesmo não estipulou restrição ao campo de atuação do ente legitimado, que não fosse a representação no âmbito do Congresso Nacional: “LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional”.

Logo, a admissão da proposição de que os partidos políticos não conhecem outras limitações constitucionais aponta para uma interpretação ampla da matéria que poderá ser levada à apreciação judicial.

A satisfação do requisito da representação junto ao Congresso Nacional, juntamente com a presença dos pressupostos para a impetração constantes do inciso LXIX e do artigo 1º, da Lei n. 1.533/51 – liquidez e certeza do direito violado ou ameaçado de violação, ato de autoridade e ilegalidade ou abuso de poder –, são suficientes para legitimar o partido político, não havendo, nesse caso, que se investigar além do estabelecido no bojo do texto constitucional.

Por conseguinte, a legitimação é ilimitada, segundo disposto por Ada Pellegrini Grinover, só podendo sofrer a restrição oriunda do texto constitucional, consistente na falta de representação exigida.²³² Em continuidade de raciocínio,

²³² Op. cit. p. 76. Francisco Antonio de Oliveira ao enfrentar a questão exprime mesmo pensar: “Embora *prima facie* possa parecer que o interesse do partido político esteja fulcrado no âmbito partidário, todavia, assim não é, já que a lei nenhuma restrição fez para a espécie. Vale dizer, em existindo ofensa ou ameaça a direitos líquidos e certos ligados à coletividade, o partido político terá legitimidade para o *writ*”. (Op. cit. p. 212). Outrossim, adota igual posição Marta Casadei Momezzo: “Sobre o mandado de segurança coletivo impetrado por partido político, parece-nos que não se há de perquirir mais do que o próprio texto constitucional estabelece, expressa e taxativamente no art. 5º, LXX, “a”. A constituição Federal alude apenas a “partido político com representação no Congresso Nacional”. Não acrescenta coisa alguma. Portanto, o partido político deve apenas satisfazer ao requisito constitucional, de representação no Congresso Nacional”. (MOMEZZO, Marta Casadei. **Mandado de Segurança Coletivo**: aspectos polêmicos. São Paulo: LTr, 2000. p. 58).

acrescenta: “Com relação à alínea “a” do inciso LXX do art. 5º, a Constituição adotou a redação mais ampla possível: e para retirar-se do dispositivo a maior carga de eficácia, parece claro que nenhuma restrição há de ser feita. Por isso, o partido político está legitimado a agir para a defesa de todo e qualquer direito, seja ele de natureza eleitoral, ou não.”²³³

Partindo de tal argumentação – com a qual concordamos – baseada na literalidade do dispositivo, vislumbramos que o objetivo maior do partido político, ao se valer da ação mandamental, deve ser o de defesa da sociedade, podendo atuar, por consequência, na proteção de quaisquer interesses coletivos ou difusos e não somente em favor de direitos subjetivos de membros filiados, ou direitos políticos, ou atinentes a questões de cunho eleitoral.

Segundo nosso ver, referida amplitude possui fundamento na própria finalidade de existência do partido político no ordenamento jurídico. Senão vejamos. Consistente em uma organização formada por pessoas com interesse ou ideologia comuns, ele goza de autonomia e liberdade no que concerne à sua criação, organização e funcionamento, observados os princípios e preceitos constitucionais, dentre os quais presentes: a vigilância ao regime democrático e o resguardo aos direitos fundamentais da pessoa humana, conforme dispõe o artigo 17 da Constituição Federal.

A Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei n. 9.096/95) ao regulamentar o dispositivo constitucional estabeleceu de forma expressa:

Art. 1º O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no **interesse do regime democrático**, a **autenticidade do sistema representativo** e a defender os **direitos fundamentais** definidos na Constituição Federal. (grifo nosso)

Art. 2º É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos cujos programas respeitem a soberania nacional, o **regime democrático**, o pluripartidarismo e os **direitos fundamentais da pessoa humana**. (grifo nosso)

Vê-se, portanto, uma amplitude do seu campo de atuação e a interferência do partido político na vigilância de outras matérias com a conotação de um dever, pois ligadas à manutenção do Estado Democrático de Direito e ao respeito às prerrogativas e garantias constitucionais, dentre as quais encontramos a ação de mandado de

²³³ Id., ibid. p. 78.

segurança coletivo, no rol do artigo 5º, como direito fundamental para proteger direito líquido e certo violado por ato de autoridade. Sob esse prisma, a opção por uma interpretação com resultado claramente ampliativo em relação aos partidos políticos, mostra-se coerente “com os propósitos do constituinte ao instituir os mecanismos de garantia”.²³⁴

Sobre o tema, vemos como importante a transcrição do escólio de Alexandre de Moraes, segundo o qual os partidos políticos possuem legitimidade para a defesa da sociedade como um todo, desde que devidamente representados no Congresso Nacional “podendo proteger quaisquer interesses coletivos ou difusos ligados à sociedade”.²³⁵ Para o autor, mostra-se incabível conceder ao partido político a defesa só dos seus filiados e em questões políticas, pois aquele tem por escopo resguardar interesses muito maiores. Nesse sentido, preconiza:

[...] se todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição (CF, art. 1º, parágrafo único), sendo indispensável para o exercício da capacidade eleitoral passiva (elegibilidade), o alistamento eleitoral (CF, art. 14, § 3º, III), a razão de existência dos partidos políticos é a própria subsistência do Democrático de Direito e da preservação dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 1º, V – consagra o pluralismo político como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil). Nesta esteira de raciocínio, o legislador constituinte pretende fortalecê-los concedendo-lhes legitimação para o mandato de segurança coletivo, para a defesa da própria sociedade contra atos ilegais ou abusivos por parte da autoridade pública. Cercear essa legitimação somente para seus próprios interesses ou de seus filiados é retirar dos partidos políticos a característica de essencialidade em um Estado Democrático de Direito e transformá-lo em mera associação privada, o que, certamente, não foi a intenção do legislador constituinte.²³⁶

Reputamos como acertada a posição acima mencionada que, através de uma interpretação teológica e sistemática, busca validade para a legitimação em sede de mandado de segurança coletivo no próprio texto constitucional, pois se todo o poder provém do povo (artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal) e é exercido por representantes, estes detêm legitimidade para defender judicialmente os interesses de seus representados, tendo em vista que foram eleitos exatamente para este propósito.

Assim, consideramos que, além da tutela dos direitos coletivos e individuais homogêneos abrangidos por membros, a ocorrência de ofensa (ou sua ameaça) a

²³⁴ Cf. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Op. cit. p. 116.

²³⁵ Op. cit. p. 174.

²³⁶ Id., ibid. p. 176.

direitos que transcendam seus filiados, v.g. defesa do meio-ambiente, do consumidor, poderá ser sanada pela via mandamental.

Em decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça admitiu-se mandado de segurança coletivo impetrado por partido político, com o intuito de que fossem exibidos documentos de interesse coletivo, com fulcro no direito fundamental do artigo 5º, inciso XXXIII²³⁷:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. PARTIDO DOS TRABALHADORES E PARLAMENTARES ESTADUAIS. GOVERNO DO PARANÁ. PROTOCOLO DE INTENÇÕES CELEBRADO COM RENAULT DO BRASIL AUTOMÓVEIS S/A. INSTALAÇÃO DE MONTADORA DE VEÍCULOS NO ESTADO. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS DO INTERESSE DA COLETIVIDADE. ART. 5º, XXXIII, DA C.F.

1. Dentre os Direitos e Garantias Fundamentais capitulados no art. 5º da Constituição Federal está inserido o de que "todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo em geral, que serão prestados no prazo de lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado" (inciso XXXIII).

2. Inequívoco que os documentos cuja exibição foi requerida pelos impetrantes não estão protegidos pelo sigilo prescrito no art. 38 da Lei 1.595/64, sendo sua publicidade indispensável à demonstração da transparência dos negócios realizados pela Administração Pública envolvendo interesses patrimoniais e sociais da coletividade como um todo.

3. Recurso ordinário conhecido e provido para, reformando o acórdão impugnado, conceder a segurança nos termos do pedido formulado pelos recorrentes.²³⁸

Entretanto, o entendimento encampado pelo tribunal não é unânime. Diferentemente, decidiu-se que a impetração pelo partido político somente poderá ter lugar na hipótese de defesa de seus filiados e em questões políticas:

RMS - CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – PARTIDO POLITICO.

O mandado de segurança coletivo visa a proteger direito de pessoas integrantes da coletividade do impetrante.

Distingue-se, assim, da ação constitucional que preserva direito individual, ou difuso.

O partido político, por essa via, só tem legitimidade para postular direito de integrante de sua coletividade.²³⁹

PROCESSUAL - MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - PARTIDO POLITICO - ILEGITIMIDADE.

²³⁷ Art. 5º. [...] XXXIII – todos têm o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

²³⁸ RMS 10.131-PR, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 2ª T., j. 07.11.2000, DJ 18.02.2005, p. 279.

²³⁹ RMS 2.423-PR, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T., j. 27.04.1993, DJ 22.11.1993, p. 24.974.

Quando a Constituição autoriza um partido político a impetrar mandado de segurança coletivo, só pode ser no sentido de defender os seus filiados e em questões políticas, ainda assim quando autorizado por lei ou pelo estatuto.

Impossibilidade de dar a um partido político legitimidade para vir a juízo defender 50 milhões de aposentados, que não são, em sua totalidade, filiados ao partido e que não autorizaram o mesmo a impetrar mandado de segurança em nome deles.²⁴⁰

Data venia, reiteramos nossa posição no sentido de que assiste razão aos que defendem que o mandado de segurança coletivo impetrado por partidos políticos não tem por escopo a defesa de interesses da coletividade partidária, como se poderia pensar, numa leitura apressada do texto constitucional. Isso porque atentamos para o fato de que se esta fosse a finalidade, não haveria porque se restringir a legitimidade aos partidos com representação no Congresso Nacional, haja vista que também os filiados a partidos sem esta representação podem ter direitos a tutelar coletivamente. Pelo mesmo raciocínio, a segurança coletiva ajuizada por partido político não se pode restringir à matéria eleitoral ou a questões políticas. O alcance, pois, deve ser maior e, como mencionado anteriormente, atrelado aos fins existenciais da organização.

Por oportuno invocar, em complementação, o exposto por Carlos Ari Sundfeld a fim de demonstrar que aos partidos políticos foi incumbida a defesa da legalidade objetiva, e não só a dos interesses dos filiados, por isso mesmo a exigência de representação no âmbito nacional estabelecida pela Constituição:

[...] o mandado de segurança coletivo impetrado pelo partido político não visa defender interesse dos seus membros, mas antes a **legalidade (ou constitucionalidade) objetiva**: basta demonstrar a violação à lei ou à Constituição, é dizer a violação da legalidade objetiva. Isso, explica, aliás, porque só os partidos políticos com representação parlamentar têm legitimidade para a impetração. A defesa da legalidade objetiva é uma função pública, que pressupõe uma investidura popular, que os partidos sem representatividade no Legislativo não têm. O partido possui um **status** especial no nosso Direito, previsto constitucionalmente, com requisitos de funcionamento, com fiscalização da Justiça Eleitoral; é uma entidade que, submetendo-se periodicamente ao julgamento popular, e logrando eleger parlamentares, tem alta representatividade.²⁴¹

Relativamente à atuação do partido político, de forma semelhante posiciona-se Nelson Nery Junior, ao entender que a *ratio essendi* da atribuição de legitimação dada pela Constituição Federal para que possa impetrar a ação mandamental reside, exatamente, na função política exercida por aquela associação, e que tal

²⁴⁰ MS 197-DF, rel. Min. José de Jesus Filho, 1ª S., j. 08.05.1990, DJ 20.08.1990, p. 7.950.

²⁴¹ “Habeas data”..., op. cit. p. 199.

circunstância transparece evidente “quando observamos que não é qualquer partido político que pode impetrar a segurança coletiva, mas apenas aqueles que tenham representação no Congresso Nacional. Logo, nada tem a ver a legitimação com os interesses coletivos ou individuais dos membros do partido”.²⁴² Desse raciocínio do autor decorre a afirmativa de que o partido político poderia se valer do *writ* coletivo no intuito de atacar ato ilegal de autoridade praticado em detrimento do meio ambiente, que constitui “direito difuso por excelência”, e possui “legitimidade para tanto porque exerce fiscalização política dos interesses difusos, vale dizer, dos valores maiores da sociedade”.²⁴³

Ante essas circunstâncias e ao modo de conclusão, não pretendemos afastar a atuação do partido político em prol de seus filiados, pois entendemos como curial, assim como a impetração cujo objeto se refira aos direitos políticos ou aos fins institucionais contidos em seu programa partidário, mas sim – diversamente – visualizamos que a tentativa de relacionar, vincular de forma expressa, a atuação do partido político, em sede de mandado de segurança coletivo tão-somente a estas hipóteses, não condiz com a abertura que emana da alínea *a*, do inciso LXX, do artigo 5º, da Constituição e tampouco com a finalidade com que a organização foi instituída em nosso Estado Democrático de Direito, segundo disposto nos artigos 1º e 17, da Lei Maior. Sendo assim, uma vez presentes a ilegalidade e a lesão advindas de autoridade pública, o partido político agirá na defesa do interesse da sociedade como no caso dos direitos vinculados, *v.g.*, à cidadania, das garantias fundamentais, bem como dos direitos coletivos *lato sensu*.

3.5 ASSOCIAÇÕES

Além dos partidos políticos, legitimados à propositura de mandado segurança coletivo, encontram-se as organizações sindicais (ou sindicatos), as entidades de classe e as associações, consoante disposto na alínea *b*, do inciso LXX.

²⁴² Op. cit. p. 156.

²⁴³ *Ibid.* p. 156.

Atualmente dispõe o artigo 8º, *caput*, da Constituição Federal que a organização sindical é livre, uma vez observado o disposto nos incisos que lhe sucedem, cabendo-lhe a defesa – judicial e administrativa – dos direitos e interesses da categoria (inciso III).²⁴⁴

Infraconstitucionalmente, outrossim, tem-se a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943) que dispõe sobre a associação em sindicato sem, porém, defini-lo:

Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.

E prossegue ao estabelecer no artigo 513, alínea a que constitui prerrogativa dos sindicatos: “representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses dos seus associados relativos às atividades ou profissões exercidas”.

As decisões, pois, que “beneficiem a categoria profissional representada pelo sindicato único, por força do art. 8º, II, da CF/88, devem ser estendidas a toda ela, independente de filiação, que é livre (art. 8º, V, CF)”.²⁴⁵

O sindicato é pessoa jurídica de direito privado, nos termos do artigo 44 do Código Civil (“São pessoas jurídicas de direito privado: I – as associações; II – as

²⁴⁴ Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

²⁴⁵ Cf. PACHECO, José da Silva. Op. cit. p. 332.

sociedades; III – as fundações.”) e de acordo com Amauri Mascaro Nascimento²⁴⁶ consubstancia “uma forma de organização de pessoas físicas ou jurídicas que figuram como sujeitos nas relações coletivas de trabalho”.

Assim, observa-se como característica principal do sindicato sua consistência em uma organização de um grupo existente na sociedade, tanto de pessoas físicas como jurídicas, em prol da defesa de interesses comuns pré-estabelecidos por todos e da tutela judicial e administrativa de seus membros.

Como sujeito coletivo, também possui legitimidade para denunciar a ocorrência de irregularidade ou ilegalidade perante o Tribunal de Contas da União, participando assim da fiscalização deste órgão. É o que prescreve o artigo 74, parágrafo 2º, da Constituição Federal:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º - Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Ademais, concorrentemente com os outros legitimados, o sindicato é legitimado a propor Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECOn), caso seja participante de confederação sindical, conforme dicção do artigo 103, inciso IX, da Constituição Federal:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

[...]

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

²⁴⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 29. ed. rev. São Paulo: LTr, 2003, p. 553.

No que diz respeito à segunda entidade legitimada elencada pela Constituição Federal na alínea *b*, do inciso LXX, do artigo 5º, pontifica José Cretella Júnior: “A entidade de classe, ou sociedade de classe, ou associação, é pessoa jurídica, agrupamento de pessoas, conseqüência natural da sociabilidade, que impele os seres vivos a se defenderem para a consecução de um fim almejado por todos”²⁴⁷. Uma vez estando legitimamente constituída, a entidade de classe, “pode impetrar mandado de segurança coletivo, pouco importa a denominação, seja sociedade ou associação, federação ou confederação”.²⁴⁸

A propósito, preleciona Uadi Lamêgo Bulos:

As entidades de classe são pessoas jurídicas, públicas ou privadas, com personalidade própria, cuja finalidade é representar um agrupamento de associados, os quais se submetem à disciplina imposta em seus estatutos.

Possuem autonomia para organizar seus estatutos, delineando neles os preceitos de sua administração, regime disciplinar, diretoria, comissões, direitos, deveres e sanções aos que violem seus regulamentos.

As ordens podem ser entendidas como verdadeiras entidades de classe. Daí estarem habilitadas a ajuizarem o mandado de segurança coletivo.²⁴⁹

As ordens profissionais constituem, pois, entidades de classe, e dentre estas, sobressai, no âmbito jurídico, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), entidade de classe dos advogados, de natureza pública, uma “verdadeira constelação de entidades autárquicas corporacionais locais, autarquia-máter, que congrega as inúmeras *Secções da Ordem*, sediadas em vários pontos do território nacional, cada uma delas, por sua vez, com personalidade jurídica própria”.^{250 251}

A Ordem dos Advogados do Brasil, como ressaltado por Nilson Reis:

[...] tem a mesma legitimidade que os partidos políticos e sindicatos, em aplicação do inc. LXX, de forma subsidiária, como substituto processual, na forma do art. 5º, XXI. Assim, não somente a OAB, mas também todas as

²⁴⁷ Op. cit. p. 89.

²⁴⁸ Cf. PACHECO, José da Silva. Op. cit. p. 333.

²⁴⁹ Op. cit. p. 52.

²⁵⁰ Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit. p. 89.

²⁵¹ Sobre a Ordem dos Advogados do Brasil, dispõe o artigo 44, da Lei n. 8.909/94: “A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB –, serviço público dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade: I – defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas; II – promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil”.

entidades de classe, que sejam pessoas jurídicas, estão legitimadas ativamente ao ajuizamento do mandado de segurança coletivo [...].²⁵²

Quanto às associações, estas – igualmente – constituem pessoas jurídicas de direito privado, consoante o artigo 44, do nosso Código Civil. E, como explicita Silvio Rodrigues²⁵³, possuem como elemento subjacente o homem, vez que se compõem pela reunião de pessoas (*universitas personarum*), “sem finalidade lucrativa, como os clubes esportivos, os centros culturais, as entidades pias etc.”.

A existência legal da associação inicia-se com a inscrição do seu ato constitutivo no respectivo registro, conforme dispõe o artigo 45, do Código Civil. Os artigos 53 a 61, por sua vez, apresentam sua disciplina geral, tais como: os requisitos necessários do estatuto, disposições acerca dos associados (direitos, transferência de cota, exclusão da associação), competência e deliberações da assembléia geral e dissolução da associação.

Constitucionalmente, prevê o artigo 5º, inciso XVII que a associação para fins lícitos é livre e não depende de autorização: “É plena a associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”.

Explicita Ada Pellegrini Grinover que

[...] as associações podem ser regidas pela lei civil, por regras de direito administrativo ou mesmo por outras normas legais, como pode ocorrer, por exemplo, com associações de servidores ou associações sindicais. É regra clássica de hermenêutica que ao intérprete não cabe diferenciar, onde a lei – e sobretudo a Lei Maior – não faz distinções.²⁵⁴

Para fins de impetração do mandado de segurança coletivo, ela pode abranger:

associações de garimpagem (art. 21, XXV, CF), colônias de pescadores (art. 8º, parágrafo único, CF), entidades ou associações desportivas (art. 217, I, CF), cooperativas (art. 5º, XVIII, e 174, § 2º, CF), profissionais ou sindicais (arts. 8º e 37, VI, da CF), de consumidores (art. 170, V, CF) de defesa do meio ambiente, de moradores, de atividade econômica (art. 170, parágrafo único, CF) etc.²⁵⁵

Apresentados, então, alguns delineamentos acerca de cada um dos entes legitimados, cumpre estudar os requisitos que lhe são exigidos para o ajuizamento do *mandamus* coletivo.

²⁵² Op. cit. p. 59.

²⁵³ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1. Parte Geral. p. 90-91.

²⁵⁴ **Mandado...**, op. cit. p. 76-77.

²⁵⁵ Cf. PACHECO, José da Silva. Op. cit.. p. 333.

No que concerne aos pressupostos para fins de impetração, a alínea *b* tratou de enumerar: a necessidade de constituição consoante previsto em lei e funcionamento há pelo menos um ano.

Carlos Ari Sundfeld nos esclarece que o fato de o *mandamus* se prestar à defesa de direitos coletivos, pertencentes, portanto, a vários indivíduos é que torna essencial a exigência temporal contida na norma:

O mandado de segurança coletivo impetrado por outras entidades associativas serve para a defesa dos **direitos coletivos**, isto é, para as situações em que a norma jurídica prescreve ao Estado um dever cujo cumprimento beneficia o indivíduo, mesmo que indiretamente, devendo a fruição do benefício ser feita em conjunto com terceiros.

Afirmo também que esse tipo de direito é protegido só pelo mandado de segurança coletivo, além é evidente, dos outros instrumentos específicos que a Constituição prevê para a tutela do direito coletivo, como a ação civil pública. Destarte, o direito coletivo, com a conformação que apresentei, não é protegido pelo mandado de segurança individual. Por tal razão, a Constituição exigiu, como requisito para que a entidade associativa impetre essa segurança, o de estar constituída há mais de um ano. Percebe-se que isso é diferente da situação do inc. XXI, em que a associação, que pode representar seus filiados em juízo, não precisa estar constituída há mais de um ano. Por quê? Porque ela representa direito individual. Se eu quero outorgar a uma entidade o direito de me representar, pouco importa se ela é idônea ou inidônea; o problema é meu, porque eu é que outorguei os poderes. Mas o direito coletivo é um direito que todos fruem ou não em conjunto, de modo que uma impetração mal colocada prejudica a todos. Daí exigir-se esse requisito de seriedade da entidade. Isso, a meu ver, quer dizer que só as entidades podem defender os interesses coletivos, através de mandado de segurança; logo, os indivíduos isoladamente não podem fazê-lo.²⁵⁶

Celso Agrícola Barbi nos informa sobre a imprescindibilidade do lapso, vez que impede a ocorrência de fraude:

A amplitude da legitimação na ação coletiva tem o perigo de permitir que alguém a proponha e conduza mal o processo deliberadamente, de modo a ser vencido e, com isso, criar-se coisa julgada para os outros titulares do direito ou interesse. [...]

Mas nossa legislação contém fórmula feliz para evitar essa modalidade de fraude: o inciso LXX já referido limita a legitimação das entidades de classe e associações às que funcionem há mais de um ano, o que exclui a possibilidade de criar-se uma delas somente para frustrar a proteção legal.²⁵⁷

Com inegável razão, também alerta Francisco Antonio de Oliveira no sentido de que:

[...] a facilidade na constituição (art. 8º, I, CF/88) sem dúvida dará margem a pseudo-representações do ponto de vista fático. Entretanto, mesmo com as exigências e cautela tomadas pelo constituinte o desvirtuamento da

²⁵⁶ “**Habeas data**”..., op. cit. p. 199.

²⁵⁷ **Mandado**..., op. cit. p. 104.

segurança coletiva não está descartado. Caberá, pois, ao Poder Judiciário corrigir e coibir possíveis distorções a esta parte.²⁵⁸

Existe, entretanto, certa discussão doutrinária se a limitação expressa de tempo trazida pela Constituição abarca tão-somente as associações ou se o sindicato e a entidade de classe legalmente constituídos poderão se valer do *writ* apenas na hipótese de funcionamento, no mínimo, há um ano.

Na concepção de Francisco Antonio de Oliveira também a organização sindical deverá comprovar seu funcionamento há pelo menos um ano, visto que:

[...] procurou o legislador precaver-se contra sindicalistas de plantão e exigiu que a organização sindical esteja funcionando a pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados. A ausência desse requisito deságua na ilegitimidade e terá por conseqüência o indeferimento da petição inicial. Assim deverá o órgão sindical comprovar com a petição inicial essa qualidade e que se traduz num dos pressupostos de admissibilidade. Exigência também imposta às associações (art. 5º, XXI, CF/88).²⁵⁹

Na visão de José da Silva Pacheco, ao sindicato incumbe demonstrar, igualmente, que se encontra em funcionamento há mais de um ano:

No que se refere à organização sindical, igualmente, é livre a associação profissional ou sindical, cabendo ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas (art. 8º, III, CF). Caber-lhe-ia, também, a legitimidade para representar os filiados judicialmente (art. 5º, XXI, CF), sem qualquer restrição. Entretanto, o art. 5º, LXX, restringiu o uso do mandado de segurança coletivo ao sindicato ou à associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros e associados.

Aliás, a CLT, art. 513, já autorizava o sindicato a representar os interesses da categoria e os individuais dos associados perante as autoridades judiciais e, desse modo, tinha legitimidade para impetrar mandado de segurança. Agora, para impetrar mandado de segurança coletivo, tem de estar em funcionamento há mais de um ano. Preenchendo essa condição, a legitimidade é plena.²⁶⁰

Para Adolfo Mamoru Nishyama: “As entidades de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano poderão impetrar mandado de segurança coletivo em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.²⁶¹

²⁵⁸ Op. cit. p. 229-230.

²⁵⁹ Ibid., p. 212.

²⁶⁰ Op. cit. p. 324.

²⁶¹ Op. cit., p. 251.

Diferentemente, aos olhos de Maria Fátima Vaquero Ramalho Leyser, os sindicatos encontram-se livres da obediência ao pressuposto temporal:

Para a caracterização da legitimidade ativa do mandado de segurança coletivo não há se falar em distinção entre organização sindical e sindicato. O que importa, isto sim, é a sua regular constituição.

Os sindicatos não estão cingidos à observância do prazo de mais de um ano de legal constituição e funcionamento.²⁶²

Nessa esteira, também se posiciona Uadi Lamêgo Bulos, para quem:

O prazo exposto no término da alínea b, que tem levantado dúvidas quanto à sua extensão, dirige-se, tão-somente, às associações.²⁶³

Consoante entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, há necessidade de não só as associações cumprirem a referida exigência constitucional. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - DEFESA DE INTERESSE INDIVIDUAL – REPRESENTAÇÃO – NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO TITULAR DO DIREITO – LEGITIMIDADE AD CAUSAM.

1. A Constituição Federal admite a atuação judicial da entidade associativa na defesa dos interesses de seus membros (art. 5º, incisos XXI e LXX).
- 2. Deve a associação, na hipótese de impetração de mandado de segurança coletivo, comprovar sua constituição segundo as exigências legais e funcionamento de pelo menos um ano.**
3. Para a proteção, mediante ação individual, dos direitos individuais do associado, age a associação em regime de representação, e não na forma de substituição processual, devendo, por isso, munir-se de autorização expressa do titular do direito defendido.
4. Hipótese de ajuizamento de mandado de segurança individual, mas sem autorização expressa do associado.
5. Ilegitimidade ad causam.
6. Processo extinto sem julgamento do mérito. Prejudicado o exame do recurso ordinário.²⁶⁴ (grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. IRREGULARIDADE DA REPRESENTAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA. SINDICATO LEGALMENTE CONSTITUÍDO E EM FUNCIONAMENTO HÁ MAIS DE UM ANO. SUBSTITUTO PROCESSUAL. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO OU RELAÇÃO NOMINAL DOS SUBSTITUÍDOS. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. ILEGITIMIDADE PASSIVA E INCOMPETÊNCIA DO STJ PARA A APRECIAÇÃO DO MANDAMUS. IMPROCEDÊNCIA. ANISTIA. REINTEGRAÇÃO. ART. 54 DA LEI N.º 9.784/91. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO-OBSERVÂNCIA. OFENSA A DIREITO SUBJETIVO.

²⁶² **Mandado**..., op. cit. p. 163.

²⁶³ Op. cit. p. 51.

²⁶⁴ ROMS 22.552-DF, rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T., j. 19.04.2007, DJ 30.04.2007, p. 299.

1. A irregularidade na representação judicial do Sindicato foi devidamente sanada pelo Impetrante, tendo sido, inclusive, juntado novo instrumento particular de mandato com outorga de poderes para o foro em geral.

2. Segundo entendimento desta Corte e do Pretório Excelso, seja em mandado de segurança coletivo, seja por via de outra ação qualquer, age o sindicato como substituto processual e, como tal, não necessita de autorização ou de relação nominal dos substituídos, bastando, para tanto, a circunstância de a entidade estar legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, um ano.

[...]

7. Segurança concedida.²⁶⁵ (grifo nosso)

Quanto ao nosso posicionamento, após o cotejo das posições elencadas sobre a extensão do prazo anual, vemos como imprescindível a exigência de um ano não só por parte das associações.

Não nos parece razoável a simples afirmação de que o lapso temporal exigido pela norma constitucional esteja atrelado tão-somente às associações, deixando, assim, tanto os sindicatos como as entidades de classe livres de tal encargo. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão aponta para uma amplitude do requisito; e da análise da doutrina, entendemos pela necessidade de se perquirir a matéria pela própria finalidade da garantia constitucional coletiva.

Ou seja, se esta objetiva resguardar direitos coletivos, pertencentes a vários indivíduos, há que se exigir dos co-legitimados, que em juízo exercerão referida tutela, um grau de seriedade compatível com a tarefa imposta, uma vez que a decisão judicial exarada afetará os titulares das pretensões em jogo. Nesse diapasão, uma má atuação do ente legitimado lhes acarretará um prejuízo evidente.

Logo, a exigência do lapso acaba por se mostrar como requisito benéfico desta atuação perante o Poder Judiciário, pois implica – conseqüentemente – que a associação esteja a um ano, no mínimo, estruturada, e em funcionamento, antes de se embrenhar em uma impetração do *mandamus* coletivo.

Nesse sentido, e por fim, se a pretensão é justamente esta, não cremos como cabível que o pressuposto esteja atrelado somente às associações, e não aos sindicatos e às entidades de classe – igualmente legitimados –, pois também estes podem estar sujeitos a um desvirtuamento da segurança coletiva, o que nos influencia a buscar um tratamento isonômico para o assunto.

²⁶⁵ MS 7.993-DF, rel. Min. Laurita Vaz, 3ª Seção, j. 09.11.2005, DJ 23.11.2005, p. 155. Ainda em relação aos sindicatos: ROMS 16.137-RJ, rel Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª T., j. 26.08.2003, DJ 10.11.2003, p. 155, fonte: STJ.

3.5.1 Legitimação e a Questão da Pertinência Temática

A extensão da atuação em juízo, em sede de mandado de segurança coletivo das associações elencadas na alínea *b*, do artigo 5º, inciso LXX, da Constituição Federal, volta-se ao enfrentamento da exigência (ou não) de um nexo, de uma relação entre os direitos/interesses que aquelas pretendem resguardar por meio da impetração e os fins sociais defendidos pela entidade.

No tocante a essa discussão, para uma vertente doutrinária, as associações, os sindicatos e as entidades de classe se vêem necessariamente compelidos à comprovação de uma pertinência temática, vez que o objeto alvo da segurança deverá estar atrelado aos seus objetivos institucionais. Nesse sentido, prevalece a noção de que a defesa coletiva por meio desses legitimados ativos volta-se, essencialmente, aos direitos da categoria, do grupo dos membros filiados.

A tese mostra ares sedutores, haja vista que o próprio texto constitucional parece, à primeira vista, reforçar tal interpretação, ao dispor que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por organização sindical, entidade de classe ou associação “em defesa dos interesses de seus membros ou associados”. Nesta medida, quando da defesa dos interesses dos filiados, passou-se a compreender pela necessidade dos direitos debatidos ligarem-se aos propósitos associativos a fim de que a utilização da ação mandamental coletiva se mostrasse aceitável.

Assim sustenta Teori Albino Zavascki, para quem, a tutela mandamental não poderá ser estendida a quaisquer direitos, mas somente àqueles que guardarem uma relação de pertinência e compatibilidade com a razão de ser da pessoa jurídica impetrante encartada em suas finalidades, programas ou objetivos institucionais. Explicita o autor sobre a necessidade de demonstração de um interesse próprio por parte da entidade legitimada justamente por entender que, no âmbito do mandado de segurança coletivo, o que sucede é o fenômeno da substituição processual:

Porque para ajuizar qualquer demanda não basta que o autor detenha legitimidade. É indispensável que tenha também interesse, diz o artigo 3º do CPC. Isso se aplica igualmente ao substituto processual, que há de ostentar interesse próprio, distinto e cumulado com o do substituído. Ora, esse interesse próprio, no caso de mandado de segurança coletivo, se manifesta exatamente pela relação de pertinência e compatibilidade entre a razão de ser (= finalidade institucional) da entidade impetrante e o

conteúdo do direito ameaçado ou violado, objeto da demanda. Não seria concebível que o partido político ou qualquer dos demais legitimados fossem a juízo para bater-se em defesa de direitos que nem direta nem indiretamente lhes dissessem respeito algum.²⁶⁶

De forma semelhante, posiciona-se Athos Gusmão Carneiro, ao defender que a melhor solução seria admitir como regra a conservação do “princípio da vinculação entre as finalidades da entidade substituta com os interesses das pessoas substituídas” em se tratando da ação de mandado de segurança coletivo.²⁶⁷

Ainda sobre o assunto, outros autores parecem assumir posição favorável à manutenção de uma pertinência temática em matéria da ação coletiva. A propósito, um dos primeiros a se manifestar foi Celso Agrícola Barbi, em 1989, ao estatuir: “Quando se tratar de organização sindical, entidade de classe ou associação, é necessário que a ameaça ou lesão seja a interesses de seus membros ou associados”.²⁶⁸

Em mesma época, Vicente Greco Filho também buscou validar este raciocínio declarando que “o universo atingido é o dos associados, dentro dos limites das finalidades da associação”.²⁶⁹ Isso porque entende o autor que o escopo intrínseco de se associarem e, com isso, manterem interesses comuns traduzidos nas finalidades da entidade, estas devem constituir o cerne motivador da impetração:

As pessoas associam-se para determinadas finalidades, porque reúnem certos interesses comuns. A associação, no plano político e institucional, defende esses interesses e, agora, poderá defendê-los judicialmente. Esta observação é importante para esclarecer que os interesses dos associados a serem defendidos não são quaisquer interesses, mas somente os que coincidem com os objetivos sociais.²⁷⁰

Acompanhando o mesmo entendimento, tem-se a doutrina de José Rogério Cruz e Tucci a defender que, em qualquer das hipóteses previstas constitucionalmente, alíneas *a* e *b*, mostra-se imperioso:

que o interesse em questão seja coletivo, vale dizer, atinente aos fins institucionais da associação, da categoria, ou do partido político, decorrendo necessariamente de um liame jurídico que une os integrantes, sujeitando-os a regime normativo próprio.²⁷¹

²⁶⁶ Op. cit. p. 213-214.

²⁶⁷ Op. cit. p. 61.

²⁶⁸ **Mandado**..., op. cit. p. 74.

²⁶⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 168.

²⁷⁰ Id., p. 168.

²⁷¹ Op. cit. p. 50.

Interesse coletivo, na hipótese – ensina José Cretella Júnior – “é o interesse da profissão, que o sindicato representa”.²⁷² Refere-se a

“número certo e identificado”, de modo precioso, em dado momento. *Interesse coletivo do sindicato A* é o que se refere só e a todos que, em dado momento, estão filiados a essa entidade. Nem mais, nem menos. É o *interesse global da categoria*.²⁷³

Destarte, conclui o autor nos seguintes termos: “A tutela de interesses, alheios à finalidade básica do sindicato não pode ser protegida pelo mandado de segurança coletivo”.²⁷⁴

Sob esse ângulo, a atuação da entidade legitimada, portanto, volta-se aos interesses coletivos atrelados aos fins institucionais, isto é, àqueles que se elegeram tutelar com a criação da pessoa jurídica.

Urge a necessidade, neste momento, de um pequeno parêntesis a fim de suscitar que a defesa insinuada pelos colacionados autores deve tomar a dimensão coletiva, não se podendo, por conseguinte, estabelecer a impetração, especificamente, em prol de direitos ou interesses de um ou de alguns membros. Com efeito, assiste razão a Marcos Alaor Diniz Grangeia em sua assertiva: “o mandado de segurança previsto no art. 5º, LXX, da CF foi criado para reparar violação a direito líquido e certo, mas coletivo, no sentido da expressão e não para servir a um reduzido número de pessoas associadas, sindicalizadas ou partidárias de entidades”.²⁷⁵

Fechado o parêntesis, e partindo, assim, da visualização dos pontos de vista encartados, é possível assentarmos o seguinte: parte considerável da doutrina

²⁷² Op. cit. p. 85.

²⁷³ Ibid., p. 86.

²⁷⁴ Ibid., p. 88. Coadunam um mesmo pensar, dentre outros, Francisco Antonio de Oliveira: “O interesse há de revelar-se nos próprios fins perseguidos pela organização sindical” (Op. cit. p. 215); José da Silva Pacheco: “O interesse dos associados ou membros, a que se refere o dispositivo, deve consistir em direito líquido e certo da categoria (dos metalúrgicos, dos militares, dos professores, dos bancários etc.), da corporação (do grupo de bombeiros, da magistratura etc), ou de certo segmento (dos ferramenteiros, dos eletricitas etc.), ou de certo grupo de empregados, servidores associados ou membros”. (Op. cit. 335); Marcelo Navarro Ribeiro Dantas: “Só haverá legitimação, qualquer que seja a natureza, quando da impetração de *mandamus* em defesa de direitos individuais homogêneos ou de associados da entidade, se o objetivo da segurança estiver dentro dos fins da entidade”. (Op. cit. p. 114); Cassio Scarpinella Bueno: “Só é cogitável a legitimação para a causa em hipótese de mandado de segurança coletivo quando concorrer necessário vínculo ou conexão entre o interesse a ser tutelado pelo writ coletivo e as finalidades institucionais do impetrante de que trata o art. 5º, inc. LXX, da Constituição Federal”. (Op. cit. p. 327).

²⁷⁵ GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. Pontos controvertidos do mandado de segurança coletivo e do mandado de injunção. **Revista dos Tribunais** v. 641. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 1989. p. 85.

mostra-se uníssona ao sustentar que, para efeitos da ação de mandado de segurança coletivo, o direito ou interesse deverá ser coletivo na acepção mais estrita do termo, exigindo-se, de forma inafastável, um nexó que correlacione os interesses da entidade com os dos membros ou associados, de modo a que os direitos tidos como lesados, ou em vias de sofrer uma lesão, tenham ligação com os interesses que operam como vínculo associativo.

Em outras palavras: no estatuto do ente legitimado deverá constar, como finalidade institucional da associação, sindicato ou entidade de classe, algum bem que corresponda ao que se vai perseguir em juízo, por meio do mandado de segurança coletivo; do contrário, a via mandamental se tornará imprópria.

Pois bem, em que pesem os argumentos explanados no intuito de validar uma interpretação voltada para a necessidade de se estabelecer uma pertinência temática e, desse modo, conduzir o agir das associações enumeradas na alínea *b*, do inciso LXX, do artigo 5º em favor apenas de direitos coletivos atrelados aos objetivos sociais estatutários, ousamos alegar que referida tese comporta contrapesos argumentativos.

Em um primeiro aspecto, não poderíamos admitir, de forma absoluta, o que nos propõe as doutrinas antes mencionadas, pois – como desenvolvido anteriormente neste trabalho – procuramos afastar a ocorrência do fenômeno da substituição processual, em sede de ação mandamental coletiva, bem como demonstrar que todas as categorias de interesses e direitos coletivos comportam resguardo pelo *mandamus*.²⁷⁶

Indo mais além, tem-se o fato de que a Constituição Federal estabeleceu uma garantia coletiva consubstanciada no instituto do mandado de segurança coletivo, ao qual há de se imprimir o maior grau de efetividade possível a fim de que o instrumento atinja seu objetivo de proteção dos direitos coletivos. Por conseguinte, e considerando como legítimo esse parâmetro, entendemos que, ao atrelarmos a impetração à investigação e coincidência dos fins institucionais do legitimado ativo, acabaríamos por restringir a garantia constitucional e, em vista disso, reduzir o potencial de eficácia do mandado de segurança como instrumento de tutela coletiva.

²⁷⁶ Remetemos o leitor, especificamente, aos itens anteriores: 3.1 e 3.3.

Estaríamos afastando, pois, a segurança, mesmo diante da existência dos pressupostos constitucionais exigidos – lesão (ou sua iminência), liquidez e certeza de um direito, ato ilegal ou abusivo deflagrado por autoridade pública – e, conseqüentemente, deixando desprotegidos direitos coletivos pela inviabilidade da via mandamental. Seria um embate entre o interesse na ampla proteção coletiva que a garantia visa *versus* a necessidade de atendimento de uma coincidência com os fins sociais do ente co-legitimado.

Em nosso sentir, a interpretação de dispositivos legais que consignam direitos e garantias fundamentais deverá, necessariamente, ser ampliativa. Do contrário, seria como interpretar o texto constitucional “em defesa dos interesses de seus membros ou associados” como cláusula que se prenderia aos impetrantes de modo a nortear e validar sua atuação com base, exclusivamente, em seus elegidos escopos associativos. Ou seja, os objetivos estatutariamente traçados delimitariam a extensão da atuação das associações, não se concebendo uma impetração fora daqueles limites.

Corroborando referido posicionamento, há os doutrinadores que não advogam a necessidade de se restringir o uso da ação coletiva à evidência de uma correlação temática, em se tratando das associações legitimadas na alínea *b*, do inciso LXX.

Nesse passo, posiciona-se Ada Pellegrini Grinover ao explicar que a locução “defesa dos interesses dos membros ou associados” pode parecer restritiva em um primeiro momento. Todavia, a concessão de efeitos restritivos à interpretação quanto ao objeto do *mandamus*, afastaria o papel de maior amplitude que se pretende conceder ao instrumento potenciado. Convém transcrevermos o escólio:

Quanto à alínea “b” do inciso LXX do mesmo art. 5º, é bem de ver que a Constituição se refere à defesa dos interesses de seus membros ou associados. A locução parece restritiva, à primeira vista, levando eventualmente a ser interpretada no sentido de que os interesses visados são apenas os coletivos. Mas a interpretação que restringisse o objeto da segurança coletiva aos interesses dos membros da categoria fugiria ao critério da maior amplitude do instrumento potenciado. E ainda, a adotar-se essa posição, chegaríamos à conclusão de que o dispositivo é supérfluo, absorvido como ficaria, para os sindicatos, pelo disposto no art. 8º, III e, para as entidades associativas, pelo inc. XXI do art. 5º.

Tampouco convence a linha interpretativa que pretende incluir no objeto da tutela apenas os interesses difusos e coletivos, dela excluindo os direitos subjetivos homogêneos. [...]

Conclui-se daí que a única interpretação harmoniosa da alínea “b” do inc. LXX do art. 5º, em sintonia com o disposto quanto aos sindicatos e às

entidades associativas, é que, para estes, as normas específicas cuidam de interesses coletivos da categoria, ou de direitos individuais de seus membros; enquanto a via potenciada do mandado de segurança coletivo não encontra restrições. Interesses de membros ou associados, sim, mas também interesses difusos (que transcendam à categoria), além dos coletivos e dos direitos individuais homogêneos.²⁷⁷

Outrossim, para Marta Casadei Momezzo, no que concerne ao mandado de segurança coletivo e a questão da pertinência temática, o imprescindível vínculo alegado pela primeira corrente de doutrinadores não se encontra previsto no texto constitucional. Não obstante os interesses sejam alheios à finalidade básica da entidade, a autora vislumbra como possível o ajuizamento da ação, vez que outros elementos, além dos que constam de forma expressa na Constituição, não poderiam ser exigidos:

[...] as entidades estão legitimadas à impetração do mandado de segurança coletivo para a defesa de seus interesses institucionais, bem como no interesse de alguns de seus filiados, membros ou associados, que não seja de todos, nem esteja compreendido em seus objetivos institucionais.

O suscitado vínculo, ou adequação, ou ainda uma correção entre o interesse brandido na ação e natureza ou órbita de atuação do ente que se apresente em juízo como seu portador não se encontra previsto na norma constitucional, sendo, portanto, prescindível tal requisito. O mandado de segurança coletivo não exige outros elementos além dos expressamente indicados no seu texto. [...]

Dessa forma, ainda que os interesses sejam alheios à finalidade básica da instituição, autoriza-se a impetração do *mandamus* coletivo.²⁷⁸

Elizabeth Nogueira Calmon de Passos também compreende que a proteção coletiva pode transcender os interesses ligados à categoria:

Tanto a alínea “a” como a alínea “b” se voltam para a tutela de todas as categorias de interesses. Os legitimados à segurança coletiva podem agir na defesa dos interesses difusos, transcendentem à categoria; de interesses coletivos, comuns a todos os filiados, membros ou associados; de interesses coletivos que se titularizem em apenas uma parcela dos filiados, membros ou associados. E ainda os direitos pessoais, que poderiam ser defendidos pela via do mandado de segurança individual, mas que podem ter tratamento conjunto com vistas à sua homogeneidade, evitando-se assim, a proliferação de seguranças com decisões contraditórias.²⁷⁹

Segundo nosso ver, tais posições sobre a questão mostram-se as mais acertadas tendo em vista que a tutela de direitos dos membros acerca dos fins

²⁷⁷ **Mandado...**, op. cit. p. 78-79.

²⁷⁸ Op. cit., p. 56.

²⁷⁹ PASSOS, Elizabeth Nogueira Calmon de. Mandado de Segurança Coletivo. **Revista de Processo** n. 69. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1993. p. 168.

associativos consistiria o mínimo (que por certo não poderia ser negado) a se esperar da atuação das associações ao manejar o *writ*, tendo em vista o próprio objetivo motor de agregação, com vista à defesa dos interesses de seus associados. Logo, não nos parece adequado e compatível com a garantia constitucional a redução do seu campo de proteção, pura e simplesmente a este mínimo alcance, consubstanciado no resguardo dos direitos dos membros diante dos objetivos institucionais estabelecidos pelo ente co-legitimado, pois aquele já constitui a finalidade impulsionadora da agremiação quando resolve pela sua criação e conseqüente atuação em juízo.

Um outro aspecto reside na própria abrangência da locução “em defesa dos interesses dos membros e associados”. Isso porque, esta se mostra suficientemente ampla para comportar situações que fogem à referida noção de pertinência temática. Trata-se de pensamento com que comungamos, enunciado por Luciano Velasque Rocha, ao analisar alguns dos problemas práticos que envolvem a ação de mandado de segurança coletivo.²⁸⁰

Nesse sentido, tomemos, pois, a legitimidade para a impetração do *mandamus* coletivo de um sindicato de servidores ou de uma associação de magistrados de certo Estado, por exemplo, em face da poluição ambiental de mananciais autorizada por determinado prefeito “X”.

Se a Constituição Federal estabeleceu que o meio ambiente sadio é direito de todos²⁸¹, o ajuizamento da ação coletiva em defesa daqueles mananciais não estaria descumprindo o requisito trazido na alínea *b*, do inciso LXX, do artigo 5º do texto constitucional. Isso porque se constitui um direito de todos indistintamente o equilíbrio do meio ambiente, também o será dos membros daquela associação de magistrados, bem como dos servidores filiados àquela organização sindical, em que pese o fato de as referidas pessoas jurídicas não terem sido “criadas” para tutelar bens ambientais. Com efeito, a defesa do meio ambiente pertencente a todos os cidadãos abarca, inerentemente, os interesses de categoria profissional ou econômica específica.

²⁸⁰ Cf. ROCHA, Luciano Velasque. **Ações Coletivas**: o problema da legitimidade para agir. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 180-181.

²⁸¹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Logo, nessa hipótese, ainda que não presente o alegado “nexo” ou “vínculo”, o ajuizamento da ação estaria a proteger os interesses dos membros.²⁸²

Outrossim, vemos que deve ser levado em consideração outro ponto argumentativo, qual seja: a própria associação possui a prerrogativa de “excluir” essa pertinência temática, no sentido de que basta a modificação no estatuto a fim de constar a defesa em prol de qualquer direito individual homogêneo, coletivo ou difuso. Ainda que pareça natural a atuação das associações legitimadas pela Constituição Federal, dentro dos limites em que foram inicialmente instituídas, não nos parece possível negar que a definição da extensão do liame temático encontra-se a cargo da entidade.²⁸³ Não se trata, pois, de um critério objetivo fixo; imutável.

No caso, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou de forma flexível, no sentido de que não há necessidade de que o direito defendido seja próprio da classe. Desse modo, entendeu-se que o objeto da impetração deverá se pautar nos direitos dos associados e não especificamente nos fins próprios do ente legitimado:

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. C.F., art. 5º, LXX.

II. - Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inciso XXI do art. 5º da Constituição, que contempla 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 ele 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.²⁸⁴ (grifo nosso)

²⁸² Luiz Alberto Gurgel de Faria apresenta entendimento análogo: “[...] com relação aos sindicatos, às entidades de classe ou às associações, compreendo possível a promoção do *mandamus* coletivo em proteção aos interesses difusos. Para aclarar essa posição, vejamos um exemplo: O Governo Federal instituiu, inconstitucionalmente, um imposto extraordinário sobre combustíveis. Embora envolva interesses difusos (dos consumidores), poderá a Associação das Empresas de Transportes Rodoviários do Rio Grande do Norte impetrar o *writ* coletivo, já que atinge, também, interesses de todos os seus membros”. (Op. cit. p. 37-38).

²⁸³ Anotações em sala. Disciplina “Teoria Geral das Ações Coletivas”, ministrada pelo Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior. Mestrado/UNAERP – SP, 2006.

²⁸⁴ RE 193.382-SP, rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, j. 28.06.1996, DJ 20.09.1996, p. 34547. Em sentido contrário, entretanto: “O interesse exigido para a impetração de mandado de segurança coletivo há de ter ligação com o objeto da entidade sindical e, portanto, com o interesse jurídico desta”. (RE 157.234-DF, rel. Min. Marco Aurélio, 2ª T., j. 12.06.1995, DJ 22.09.1995, p. 30608, origem: STF).

Sem embargo daquilo que foi explanado, é mister esclarecer que nosso intuito não seria o de rechaçar totalmente a tese embasada na pertinência temática que nos é proposta pela doutrina que a sustenta. Isso porque, havendo no caso concreto o alegado nexa e os pressupostos constitucionais indispensáveis à impetração da segurança, a via deverá, por inevitável, ser aceita. O que entendemos como incorreto é: a admissão da necessidade de comprovação do nexa como regra única (frise-se) que deverá servir como parâmetro para validar o ajuizamento da ação mandamental coletiva pelas associações legitimadas. Em outras palavras: havendo a correlação temática, não há porque se impedir a impetração, todavia esta também poderá tomar lugar ainda que aquela não exista, à primeira vista, ou não possa ser comprovada.

Nesse passo, vemos que a aceitação da exigência do referido nexa, não há que prevalecer como norte único em se tratando do *mandamus* coletivo, pois a interpretação restritiva originária deste pensamento não se mostra compatível com uma maior efetividade que se deseja imprimir à ação coletiva como garantia constitucional e, a propósito disso, inexistente menção expressa da existência de tal correlação no próprio texto da Constituição, como evidenciado pela doutrina.

Além disso, viu-se que é possível resguardar direito subjetivo comum aos integrantes da categoria sem que haja manifesta pertinência temática com os objetivos associativos pré-estabelecidos e os interesses ínsitos ao grupo, à categoria.

Quanto aos aspectos de interpretação referentes à questão da exigência (ou não) da pertinência temática, no âmbito do mandado de segurança coletivo, cremos que a discussão maior que poderá advir do afastamento do referido nexa refira-se à própria operacionalização da ação. Em outras palavras: mostra-se possível pensar em um eventual aumento de demandas mandamentais e conseqüente sobrecarga do Poder Judiciário, haja vista que as associações poderiam dispor do *mandamus* em hipóteses de lesão a direitos não ligados aos seus fins institucionais.

Em um primeiro relance, esta poderia constituir uma conseqüência inevitável, e porque não dizer até militante, conflitante com a celeridade da via, pois um acréscimo de impetrações implicaria uma demora na entrega da prestação jurisdicional pelo órgão judicante. Contudo, refutamos por afastar a hipótese de ocorrência de um “abarroamento” do Poder Judiciário tendo em vista, essencialmente, que a própria lei disciplinadora da ação individual, a 1.533; tratou de

estabelecer um prazo limite para a impetração consistente em 120 (cento e vinte) dias.²⁸⁵ Prazo este de aplicação ao *writ* coletivo. Logo, o lapso temporal a que estão adstritos os legitimados pela Constituição Federal constitui um refreamento à utilização da via, vez que esta não estará disponível *ad aeternum* às entidades legitimadas. Deste modo, não vemos maior óbice em se estender a proteção a outros interesses coletivos, ainda que não guardem nexos com os objetivos associativos.

3.6 AUTORIZAÇÃO DOS MEMBROS

Outro ponto sensível reside em saber se os legitimados pela Constituição Federal podem impetrar a segurança sem autorização dos seus membros ou necessitam desta; tal como prevê o disposto no artigo 5º, inciso XXI: “As entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”. Ou seja: o mandado de segurança coletivo contém uma exceção à regra geral ou a ela se subsume?

Discute-se, assim, a necessidade de outorga de um mandado específico por parte dos associados, sindicalizados ou partidários para fins de impetração, bem como se para tanto o ente legitimado vê-se obrigado à convocação de assembléia geral, com o fito de obter autorização dos seus membros filiados.

Aos olhos de Adriano Perácio de Paula:

[...] são legitimados a impetrar mandado de segurança coletivo, ainda que na defesa de direito material de outrem, aquelas pessoas e entidades relacionadas no inc. LXX do art. 5º da Constituição, e independentemente de autorização assemblear de seus membros e associados. Isso porque o mandado de segurança coletivo não se amolda à hipótese prevista no inc. XXI do mesmo art. 5º da Constituição.²⁸⁶

Também para Ary Azevedo Franco Neto há que distinguir duas situações diferentes:

²⁸⁵ Art. 18. O direito de requerer mandado de segurança extingue-se-á decorridos cento e vinte dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

²⁸⁶ Op. cit. p. 29-30.

a) Art. 5º, LXX, b: o órgão de classe está legitimado extraordinariamente, independente de qualquer autorização, em razão de situação legitimamente (situação jurídica subjetiva de que deflui a legitimação) guardar certo vínculo com os fins mesmos da entidade;

b) Art. 5º, XXI: o órgão de classe está legitimado extraordinariamente, subordinado a autorização expressa, em razão de a situação legitimamente derivar, em caráter eventual, da conveniência do associado e em atenção estrita, em qualquer caso, aos interesses individuais.²⁸⁷

No entendimento de José Rogério Cruz e Tucci:

Como ocorre no âmbito das *class actions* não se afigura necessário, como alguns imaginam, autorização formal e expressa do grupo para que a entidade legitimada atue ao interesse daqueles.

[...] não há como confundir a hipótese de *mandado de segurança coletivo* com aquela prevista no inc. XXI do art. 5º, da Constituição Federal, *verbis*: “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus afiliados judicial ou extrajudicialmente”

[...]

Para a respectiva atuação, por tratar-se de legitimação extraordinária, não se delineia necessária a autorização dos integrantes da entidade.²⁸⁸

Igualmente para José Antonio Remédio: “A autorização expressa, que dá legitimidade ativa a qualquer entidade para postular em nome dos associados, prevista no art. 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, tem caráter diverso e mais abrangente”, não se podendo, assim, exigí-la tratando-se de segurança coletiva.²⁸⁹

Outrossim, manifesta-se Athos Gusmão Carneiro para quem:

A “autorização” dos associados é desnecessária em matéria de mandado de segurança coletivo, sendo os substituídos pessoas indeterminadas na petição inicial, impetrada pela entidade em defesa dos seus “membros ou associados”. A determinação dos atingidos pela coisa julgada far-se-á ao final, quando da revogação dos atos ilegais, ou da satisfação da ameaça de sua prática.²⁹⁰

Na visão de Ada Pellegrini Grinover:

O intérprete, assim como o futuro legislador, não podem estabelecer outros obstáculos à legitimação, que não os decorrentes da Constituição. Por isso é que não temos dúvida em afirmar que, para o ajuizamento do mandado de segurança coletivo, nem os partidos políticos, nem as organizações sindicais, nem as entidades de classe e nem mesmo as associações legalmente constituídas necessitam daquela autorização expressa a que alude o inciso XXI do art. 5º da Constituição para outras ações, que não a segurança coletiva.²⁹¹

²⁸⁷ Op. cit. p. 9.

²⁸⁸ Op. cit. p. 42, 43 e 50.

²⁸⁹ Op. cit. p. 502.

²⁹⁰ Op. cit. p. 63-64.

²⁹¹ **Mandado**..., op. cit. p. 77.

Doutra parte, para Carlos Mário Velloso: “[...] as organizações sindicais, as entidades de classe ou associações devem estar expressamente autorizadas a representar seus membros ou associados (CF, art. 5º, XXI)”.²⁹²

José Cretella Júnior, de seu turno, ao considerar o questionamento, conclui pela necessidade de realização de assembléia:

Podem as mencionadas entidades impetrar mandado de segurança coletivo, em defesa de direito líquido e certo de seus membros, ou associados, sem anuência expressa destas, outorgadas em Assembléia de Classe? De modo algum.

[...]

A entidade – partido político, sindicato ou associação – não poderá ir a juízo sem que, antes, seja convocada Assembléia Geral, na qual a maioria dos membros esteja de acordo com a propositura da ação, devendo-se juntar à petição inicial transcrição da ata que foi dada a anuência.²⁹³

Já para Pedro Lenza “não há necessidade de autorização específica dos membros ou associados, desde que haja previsão expressa no estatuto social”.²⁹⁴

No que diz respeito à necessidade de autorização expressa dos membros sindicalizados, a fim de que se possa dar o ajuizamento do *mandamus* coletivo, Maria Fátima Vaquero Ramalho Leyser defende a existência tão-somente de disposição estatutária genérica, “na qual conste a possibilidade do mandado de segurança coletivo, para que se preencha o requisito da autorização”.²⁹⁵

Acompanha a autora Marcos Alaor Diniz Grangeia:

Todavia, se a autorização específica é dispensável, a genérica, ou seja, aquela advinda da lei ou dos estatutos que criaram a entidade classista ou associativa, torna-se indispensável.

O texto constitucional não determina de que maneira se dará a autorização genérica, mas é imprescindível que ela exista, sob pena de irregularidade no pólo ativo do mandado de segurança coletivo.

É de se concluir pela plausibilidade de uma autorização, ainda que genérica, para que a entidade possa estar em juízo, no pólo ativo da questão.

²⁹² Op. cit. p. 22.

²⁹³ Op. cit. p. 76 e 95.

²⁹⁴ **Direito...**, op. cit. p. 572.

²⁹⁵ **Mandado...**, op. cit. p. 163.

A dispensabilidade de mandato específico resulta da substituição processual da parte que se opera no *mandamus* coletivo, distinguindo-se, neste ponto, da mera representação.²⁹⁶

No tocante ao tema, há julgado de origem do Superior Tribunal de Justiça:

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ASSOCIAÇÃO DE CLASSE. LEGITIMAÇÃO ATIVA. CF, ARTS. 5º, XXI E LXX, "B". RECURSO ORDINÁRIO.

1. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 01 (um) ano, no interesse geral de seus filiados, sendo prescindível autorização individual e expressa destes ou em assembléia geral se do respectivo estatuto já a consta expressamente.
2. Não fazendo o estatuto da recorrente qualquer menção, de forma clara e expressa, sobre a defesa de seus associados em juízo como um de seus objetivos institucionais, não há como reconhecer-lhe legitimidade ativa automática.
3. Recurso conhecido e não provido.²⁹⁷

Nesse sentido, também decidiu a mesma Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. AUTORIZAÇÃO DOS ASSOCIADOS. SINDICATOS PROFISSIONAIS. LEI Nº 9.494/97, ART. 2-A, PARÁGRAFO ÚNICO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.180/2001. NÃO-INCIDÊNCIA. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. VIOLAÇÃO A PRECEITO CONSTITUCIONAL. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE.

I - A associação, entidade de classe ou entidade sindical, regularmente constituídas e em funcionamento, podem propor ação coletiva destinada à defesa dos direitos e interesses das categorias que representam, independentemente de autorização especial, bastando a constante no estatuto.

II - A colenda Corte Especial deste Tribunal, ao apreciar os EREsp nº 436.312/SC, Relator Ministro FRANCIULLI NETTO, DJ de 08/03/2004, entendeu que a aplicação de medida provisória em questão processual, enquanto não convalidada em lei, é por demais temerária, pois repercute na insegurança jurídica em que as partes, no caso a Fazenda Pública e o contribuinte, ficariam sujeitas, diante da possibilidade de sua não-conversão em lei ou eventual modificação de seu teor.

III - Com o advento da EC nº 32/2001, que alterou a redação do art. 62 da Constituição Federal, ficou explicitamente vedada a edição de medida provisória para tratar de matéria processual. Assim, impossível adotarem-se os termos da MP nº 2.180/2001, que dispõe acerca de tema de índole processual.

IV - É vedado a esta Corte analisar suposta violação a preceito constitucional, ainda que para fins de prequestionamento.

V - Agravo regimental improvido.²⁹⁸

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO. DEFESA DOS DIREITOS

²⁹⁶ Op. cit. p. 86.

²⁹⁷ RMS 11.365-RO, rel. Min. Edson Vidigal, 5ª T., j. 13.09.2000, DJ 09.10.2000, p. 165.

²⁹⁸ AgRg no REsp 506.692-RS, rel. Min. Francisco Falcão, 1ª T., j. 05.10.2004, DJ 16.11.2004, p. 189.

DE UMA PARTE DE SEUS REPRESENTADOS. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA. POSSIBILIDADE. RETORNO DOS AUTOS.

I - Já está pacificado no âmbito desta e. Corte e no c. Supremo Tribunal Federal que a entidade de classe tem legitimidade ativa, na qualidade de substituto processual, para pleitear direitos de parte da categoria, independentemente de autorização destes.

II - Precedentes desta e. Corte e do Excelso Pretório. Recurso ordinário provido para, afastando a preliminar de ilegitimidade ativa, determinar que a Corte de origem prossiga no julgamento do mandamus.²⁹⁹

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, encontra-se sumulado: “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe de autorização destes”.³⁰⁰

Ao ensejo da conclusão deste item, tendo em vista os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, cremos que se exigir um requisito consistente na autorização específica dos membros não se mostra viável, pois havendo previsão expressa e genérica no estatuto da entidade autorizando a postulação, esta já seria suficiente e conferiria a regularidade necessária para estar em juízo.

3.7 MINISTÉRIO PÚBLICO E A (AFIRMADA) LEGITIMAÇÃO PARA O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

É sabido que o Ministério Público pode atuar na qualidade de impetrante sempre que “o direito líquido e certo lesado diga com os interesses (sic) da própria instituição ou desde que o direito líquido e certo atine com interesses daqueles a quem incumbe ao Ministério Público postular em defesa”.³⁰¹

Na esfera do mandado de segurança individual, a impetração pelo *Parquet*, nos moldes acima referidos, não gera maiores debates. Contudo, em sede da ação coletiva, a questão é fonte de posicionamentos dos mais diversos. Esta talvez seja uma das questões mais controvertidas para quem se propõe a estudar o mandado de segurança coletivo.

²⁹⁹ RMS 19.278-GO, rel. Felix Fischer, 5ª T., j. 06.03.2007, DJ 16.04.2007, p. 216.

³⁰⁰ Súmula 629.

³⁰¹ Cf. ALVIM, Eduardo Arruda. Op. cit. p. 57-58.

Da investigação da matéria, vimos que há um primeiro entendimento meramente dogmático que visualiza o rol de legitimados do artigo 5º, inciso LXX, da Constituição Federal como exclusivo e taxativo, não admitindo, a par disso, a legitimação ativa do Ministério Público em sede de mandado de segurança coletivo.

Dentre os defensores de tal posição, encontramos Vicente Greco Filho, para quem a ação mandamental somente poderá ser impetrada por partido político com representação no Congresso Nacional ou organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros e associados.³⁰²

Também para José Rogério Cruz e Tucci: “[...] afora as entidades especificadas no dispositivo ora focado, a nenhuma outra será dado utilizá-lo para a defesa judicial dos interesses comuns de seus membros ou associados.”³⁰³

A propósito do tema, Pedro da Silva Dinamarco, outrossim, entende que a legitimidade para a impetração do mandado de segurança coletivo é exclusiva das pessoas jurídicas elencadas no inciso LXX.³⁰⁴

Ainda militando contra a legitimação do Ministério Público tem-se Adriano Perácio de Paula ao expor seu ponto de vista: “A única determinação, assentada em regra constitucional, é de que os legitimados a impetrarem a segurança coletiva sejam aquelas pessoas determinadas, não cabendo qualquer elastério exegético relativamente a essa legitimação de agir”.³⁰⁵

Pois bem, interessa-nos aqui, particularmente, a legitimação do Ministério Público, conferida pelo texto constitucional, no âmbito dos direitos metaindividuais. A Constituição Federal dispôs sobre o *Parquet* na Seção I de seu Capítulo IV. Dentre os dispositivos há que considerarmos o artigo 127, *caput*, bem como o artigo 129, incisos III e IX.

O artigo 127, *caput*, estabeleceu que o Ministério Público constitui instituição incumbida da “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos **interesses sociais** e individuais indisponíveis.” (grifo nosso)

Em continuidade, o artigo 129 ao arrolar suas funções institucionais fixou:

³⁰² Op. cit. p. 168.

³⁰³ Op. cit. p. 41.

³⁰⁴ **Ação Civil...**, op. cit. p. 21.

³⁰⁵ Op. cit. p. 29.

“III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

[...]

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”. (grifo nosso)

Nota-se, assim, que ao órgão ministerial foi conferida uma ampla atuação na defesa de interesses, sejam estes sociais, coletivos ou difusos, além de outras funções que julgar compatíveis.

A menção de tais dispositivos mostra-se pertinente, pois, ao que nos parece, parte da doutrina desfavorável à impetração do *writ* coletivo pelo Ministério Público entende não haver, ou não se poder estabelecer conexão entre o conteúdo do artigo 5º, inciso LXX e os artigos 127, *caput* e 129, incisos III e IX, da Constituição Federal. A nosso ver, esta consistiria em uma primeira falha apresentada pelos que defendem tal posicionamento. Isso porque a Constituição pode, e mais do que isso, deve ser vista como uma unidade interna, como um complexo de disposições que se apresentam, em seu conjunto, como uma unidade. Nesse passo, há que analisá-las de forma integrada e não desconexa. Do contrário, estaríamos interpretando o texto constitucional “em tiras”³⁰⁶, o que nos volta, conseqüentemente, a um importante princípio norteador da atuação do intérprete constitucional, qual seja: o princípio da unidade da Constituição.

Exatamente pelo fato de o Texto Maior ser gerado de forma peculiar, vez que, em um Estado Democrático de Direito, aquele documento inaugural e instituidor da ordem jurídica passa a abarcar, inerentemente, crenças, interesses e aspirações diferenciadas, é o que torna imprescindível a unidade da sua interpretação. É o que assenta Luís Roberto Barroso:

É precisamente por existir pluralidade de concepções que se torna imprescindível a unidade na interpretação. Afinal, a Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas idéias que configuram um núcleo irreduzível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes. O princípio da unidade é uma

³⁰⁶ Observa-se que não é outra a prescrição de Eros Roberto Grau: “Assim como jamais se interpreta *um texto normativo*, mas sim o *direito*, não se interpretam textos normativos constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo. Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer norma da Constituição impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dela – da norma – até a Constituição”. (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 166).

especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas.³⁰⁷

Em idêntico senso, discorrem José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira:

Princípio importante para a compreensão do estatuto constitucional é o *princípio da unidade da Constituição*. Ela forma uma unidade de sentido normativo e político-axiológico. Esta idéia de unidade reforça o caráter normativo global da Constituição, superando ou resolvendo as contraposições ou antinomias que por vezes se apresentam instaladas no seu próprio seio.³⁰⁸

Efetivamente, a Constituição contém a proteção a muitos valores e bens jurídicos, os quais – uma vez contrapostos – deverão ser harmonizados pelo intérprete.³⁰⁹

A afirmação de que a interpretação constrói e dá “vida” ao texto normativo não comporta refutação nos dias de hoje. A propósito, em sede de hermenêutica constitucional, há muito anotara Peter Häberle que não há norma jurídica, e sim norma jurídica interpretada.³¹⁰ Nesta medida, ao visualizarmos a Constituição como um todo; uma unidade de valores (unidade axiológica) mostra-se forçoso (já como segundo ponto de contra-argumentação à tese inicial lançada) que suas disposições possam ser interpretadas de forma atual, em consonância com a realidade contemporânea dos fatos em que estão inseridas, visto que um texto fundamental é elaborado no intuito de reger certa nação para o presente e, principalmente, para o futuro. Sob esse prisma, entendemos que o intérprete, em vez de se ater a uma técnica interpretativa rígida e estreita, deve buscar um sentido que tornem efetivos e eficientes os valores constitucionais, o que, por conseguinte, confere um caráter atemporal, e ao mesmo tempo, atual à norma interpretada.

³⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 196.

³⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 44.

³⁰⁹ Na seara dos direitos individuais, por exemplo, tem-se o artigo 5º, incisos IV e X a consagrar a liberdade de manifestação do pensamento e de expressão. Referidas prerrogativas deverão estar em sintonia, harmonização com o direito – igualmente constitucional – à honra e à intimidade, previsto no artigo 5º, inciso XI.

³¹⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Título original: Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” Verfassungsinterpretation. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 9. A frase foi pronunciada pelo autor em outra obra a que o tradutor reportou-se no local citado.

Nessa linha de argumentação, ensina-nos Konrad Hesse que a interpretação assume papel fundamental e decisivo da eficácia da Constituição. Para ele, a otimização da concretização da norma liga-se intimamente; além de outros fatores como o conteúdo trazido na norma constitucional e a *práxis* que dela se espera por parte dos que vivem sob a sua égide, à sua interpretação, a qual deverá – necessariamente – ser modificada conforme as alterações sociais, fáticas e políticas a fim de que a Constituição possa alcançar uma ótima força normativa e a maior efetividade possível. Ou seja: não se pode desconsiderar a tensão entre a norma e a realidade em que esta se encontra inserida. Há que se procurar uma interpretação construtiva nesta dinâmica. Assim:

Se o direito e, sobretudo a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábua rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. [...]

Em outras palavras, uma mudança nas relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição.³¹¹

Todo este arcabouço teórico referente à interpretação unificada constitucional e à sua imprescindibilidade de mutação impõe-se quando da análise do artigo 5º, inciso LXX e os artigos 127, *caput* e 129, incisos III e IX, da Constituição Federal, haja vista que a contradição e conseqüente incompatibilização entre eles se liga justamente a fatores históricos. A antinomia presente, à primeira vista, entre estes dispositivos constitucionais, advém da circunstância dos artigos relacionados ao Ministério Público “terem sido redigidos” pelos membros do próprio *Parquet*, ao passo que o artigo 5º, com seus vários incisos, foi desenvolvido por muitas comissões, não sendo assim gerados a partir de um trabalho conjunto de sistematização.

A este respeito, Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Junior nos recordam o fato de a Constituição de 1988 não ter sido redigida linearmente, tendo o Capítulo IV da Seção I atinente ao órgão ministerial sofrido forte influência dos membros da própria instituição, o mesmo já não teria sucedido com o artigo 5º, redigido por

³¹¹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Título original: Die normative Kraft der Verfassung. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 22-23.

diversas comissões “e, por vezes, sem completa consonância (quanto à lógica formal) com os dispositivos subseqüentes”.³¹²

Em virtude deste quadro, consideramos como necessária a tentativa de interpretação de tais disposições constitucionais como normas conjuntas (compatibilizadas) de instrumentalização dos direitos coletivos, e não o inverso. Desta feita, a visão inicial que tende a uma interpretação com efeitos restritivos parece não ter força diante desse panorama, e deve, dessa maneira, ser abandonada, vez que analisa a norma do artigo 5º, inciso LXX isoladamente e não na totalidade deste contexto.³¹³

Nossa posição, portanto, é no sentido de admissão do manejo do *writ* pelo Ministério Público. Para nós, os já enfocados artigos 127 e 129 garantem a legitimidade do órgão para o ajuizamento da ação coletiva.

A Constituição Federal conferiu à instituição, no artigo 129, inciso III a prerrogativa para a defesa de interesses coletivos e difusos. Logo pensamos que não há que se restringir esta legitimação do Ministério Público para defendê-los, ainda que não conste o *Parquet* expressamente das alíneas *a* e *b*, do inciso LXX.

Também nos parece que os interesses metaindividuais que compõem o objeto da ação civil pública poderão dar azo à impetração de mandado de segurança coletivo pelo órgão ministerial, uma vez existindo, no caso concreto, os pressupostos necessários consubstanciados: na liquidez e certeza do direito alegado através de prova pré-constituída e na ilegalidade ou abuso de poder, advindo de ato de autoridade do Poder Público.

³¹² Op. cit. p. 330. Também Nelson Nery Junior se vale do método histórico para rechaçar o entendimento que nega a legitimidade ao Ministério Público: “O capítulo do Ministério Público, do qual faz parte o referido art. 129, foi elaborado e praticamente redigido pelo próprio *Parquet*, ao passo que o mandado de segurança “coletivo” o foi por juristas da área do direito público. Não houve, em verdade, trabalho de sistematização que pudesse ser denominado de rigorosamente científico, de sorte que a redação final da Carta Política ensejou a aparente antinomia entre essas duas normas. [...] Em suma, o argumento interpretativo correto deve ser pela finalidade de ampliação que o art. 129, III, quis dar ao cabimento da ação civil pública e não pela restrição do art. 5º, LXX, à admissibilidade do mandado de segurança coletivo para todos os tipos de interesses que justificam a ação civil pública”. (**Mandado...**, op. cit. p. 154).

³¹³ Nesse aspecto, pontuais são os ensinamentos de Miguel Reale: “[...] Uma lei nasce obedecendo a certos ditames, a determinadas aspirações da sociedade, interpretadas pelos que a elaboram, mas o seu significado não é imutável. Feita a lei, ela não fica, com efeito, adstrita às suas fontes originárias, mas deve acompanhar as vicissitudes sociais”. (REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 284).

Dentre os autores que adotam esta linha de pensamento, fundamentando-o no estatuído nos artigos 127 e 129, ambos da Constituição Federal, encontram-se: José Antonio Remédio³¹⁴, Carlos Alberto Pimentel Uggere³¹⁵, Maria Fátima Leyser³¹⁶, Marta Casadei Momezzo³¹⁷, entre outros. Gregório Assagra de Almeida pontua, igualmente, que:

O Ministério Público, v. g., poderá impetrar um *mandado de segurança*, se presentes os pressupostos do art. 5º, LXIX, para a tutela de um direito difuso, sendo que a sua legitimidade, para tanto está no art. 127, *caput*, que diz: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, *incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”.³¹⁸

Para estes doutrinadores, o rol do inciso LXX deve ser visto como meramente exemplificativo e analisado conjuntamente com as demais regras constitucionais que versam sobre legitimação coletiva, no caso do Ministério Público, os artigos acima mencionados.

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor é claro ao estatuir: “Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. O intuito, ao se colacionar referido dispositivo, não é o de validar uma interpretação do texto constitucional com fundamento em uma legislação infraconstitucional, e assim, conseqüentemente, tentar inverter a ordem natural das coisas, mas sim evidenciar que a tutela coletiva prima por uma facilitação de defesa dos direitos coletivos.

A propósito, a autorizada doutrina de Gregório Assagra de Almeida nos ensina que do referido dispositivo decorre o princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva, que, por força do estabelecido no artigo 21, da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85)³¹⁹ é aplicável à tutela dos direitos coletivos em sentido amplo. Por este princípio, todos os instrumentos processuais necessários e eficazes poderão ser utilizados na tutela jurisdicional coletiva. Dessa forma, deverão ser

³¹⁴ Op. cit. p. 523-524.

³¹⁵ Op. cit. p. 87.

³¹⁶ **Mandado**..., op. cit. p. 164.

³¹⁷ Op. cit. p. 61 e passim.

³¹⁸ Op. cit. p. 273.

³¹⁹ Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei 8.078/90, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

admitidos todos os tipos de ações, procedimentos e medidas, uma vez adequados a propiciar uma efetiva proteção dos direitos coletivos afirmados.³²⁰

A função institucional do Ministério Público, de defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais indisponíveis ganha, assim, com este princípio, um reforço de validação no intuito de lhe conceder a legitimação para impetração do *mandamus* coletivo, pois o *writ* sofre a interpenetração daqueles dois diplomas legais.³²¹

Outrossim, considerando que o mandado de segurança coletivo constitui uma ação coletiva, se poderia argumentar a inerente presença de interesse social, o que legitimaria a atuação em juízo, haja vista que o artigo 127, *caput*, tratou de estabelecer como função institucional do Ministério Público a defesa deste interesse, e o artigo 129, inciso IX, conferiu-lhe uma amplitude de suas atividades, uma vez que estas guardem relação com as ademais atribuições e finalidades constitucionais a que deve obediência o *Parquet*.

Pertinente, sim, se revela a atribuição dessa legitimação, em razão do próprio papel que essa instituição desempenha perante a sociedade brasileira, somado à tutela célere que a via mandamental oferece por seu rito sumário e documental, pois se estaria imprimindo uma maior efetividade à garantia, igualmente constitucional, do amplo acesso à justiça.

Ainda mais se pensarmos que o órgão ministerial estaria atuando como salvaguarda daqueles direitos coletivos líquidos e certos diante da inércia dos co-legitimados: partidos políticos e associações.

³²⁰ Op. cit. p. 578. Sobre os princípios do processo coletivo, remetemos o leitor a dois excelentes trabalhos: GUTIÉRREZ, Daniel Mota. **Princípios do processo civil coletivo na Constituição Federal**: análise baseada na discussão de institutos e questões polêmicas da tutela coletiva. Trabalho inédito. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica, São Paulo. 2006; PINTO, Eneida Luzia de Souza. Princípios Informativos das Ações Coletivas. **Revista de Processo** n. 151. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2007. p. 311-334.

³²¹ O intuito deste tópico foi o de investigação da possibilidade de impetração da segurança por parte do *Parquet*. Entretanto, a título de complementação, de se mencionar que há doutrinadores a sustentar, em uma posição mais ampla, a viabilidade de ajuizamento da ação mandamental coletiva pelos demais co-legitimados do processo coletivo. Renato Rocha Braga é um dos que pontua essa linha de pensamento: “[...] poderão impetrar mandado de segurança coletivo não apenas os autores elencados pelo inciso LXX do artigo 5º da CF, as também dos co-legitimados para a defesa dos direitos metaindividuais (sejam difusos, coletivos ou individuais homogêneos)”. (BRAGA, Renato Rocha. **A Coisa Julgada nas Demandas Coletivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 94). Gregório Assagra de Almeida, também, pugna pelo cabimento de impetração de mandado de segurança coletivo para a tutela de qualquer direito coletivo e expõe que “essa impetração poderá ser levada a efeito por qualquer um dos legitimados coletivos do art. 5º da LACP e art. 82 do CDC. A *legitimação coletiva* prevista no inciso LXX da CF não é excluyente”. (Op. cit. p. 285).

Outro ponto a ser levantado: em se tratando de debate de garantia fundamental, não havendo vedação expressa limitadora da sua ampliação, entendemos que esta poderá tomar lugar. Há, por certo, quem evidencie o fato de não existir óbice expresse no artigo 5º, que poderia vir a impedir a legitimação por parte do Ministério Público:

[...] o texto constitucional, ao dispor sobre a ação mandamental coletiva, não consignou no preceptivo, que dela trata, qualquer termo ou expressão que demonstre, inequivocamente, a limitação da legitimidade ativa para impetração do writ às pessoas ali elencadas.³²²

Sobre a matéria, o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, de autoria do Instituto Brasileiro de Direito Processual, na sua última versão (janeiro de 2007)³²³, propõe a ampliação do rol de legitimados, no seu artigo 42, constante do Capítulo IV – Do Mandado de Segurança Coletivo:

Art. 42. Legitimação ativa – O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

I – Ministério Público;
 II – Defensoria Pública;
 III – Partido político com representação no Congresso Nacional;
 IV – entidade sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados, dispensada a autorização assemblear.

Parágrafo único. O Ministério Público, se não impetrar o mandado de segurança coletivo, atuará como fiscal da lei, em caso de interesse público ou relevante interesse social.

Na visão de Hermes Zaneti Junior, com a qual comungamos, a inovação trazida pelo anteprojeto mostra-se relevante porque:

Sem sombra de dúvida este será um avanço para o desenvolvimento do instituto, aumentando o espectro de sua aplicação prática. Hoje está claro que o sonho constituinte de legitimar apenas os corpos intermediários da sociedade civil para o *mandamus* coletivo não resultou no amadurecimento destes legitimados. Ao contrário, geralmente são ainda os órgãos públicos, com especial destaque para o Ministério Público, que atuam na tutela coletiva. A defensoria, instituição essencial à Justiça, sem dúvida soma nessa proposta, podendo atingir melhores graus de efetividade em seu mister se legitimada para ações coletivas como o mandado de segurança coletivo.³²⁴

³²² Cf. UGGERE, Carlos Alberto Pimentel. Op. cit. p. 72.

³²³ Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br>>. Acesso em: 20 out. 2007.

³²⁴ JUNIOR, Hermes Zaneti. A efetividade do mandado de segurança coletivo no Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. (Coords.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 388.

Diversamente posiciona-se Luiz Manoel Gomes Júnior, ao entender pela taxatividade do rol de legitimados do artigo 5º, inciso LXX da CF, bem como pela inconstitucionalidade de qualquer ampliação do mesmo por lei ordinária.

Sobre a matéria, transparece, em algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça, um entendimento a favor da legitimação do *Parquet* no âmbito da ação de mandado de segurança coletivo:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. LESÃO À MORALIDADE PÚBLICA.

1. O Ministério público, por força do art. 129, III, da CF/88, é legitimado a promover qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social, não se limitando à ação de reparação de danos. Destarte, nas hipóteses em que não atua na condição de autor, deve intervir como custos legis (LACP, art. 5º, § 1º; CDC, art. 92; ECA, art. 202 e LAP, art. 9º).

2. A carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37 da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

3. Em conseqüência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade).

4. A nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

5. A lógica jurídica sugere que legitimar-se o Ministério Público como o mais perfeito órgão intermediário entre o Estado e a sociedade para todas as demandas transindividuais e interditar-lhe a iniciativa da Ação Popular, revela contraditio in terminis.

6. Interpretação histórica justifica a posição do MP como legitimado subsidiário do autor na Ação Popular quando desistente o cidadão, porquanto à época de sua edição, valorizava-se o parquet como guardião da lei, entrevendo-se conflitante a posição de parte e de custos legis.

7. Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da legitimatio ad causam do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo.

8. Os interesses mencionados na LACP acaso se encontrem sob iminência de lesão por ato abusivo da autoridade podem ser tutelados pelo mandamus coletivo.

[...]

12. Recurso especial desprovido. ³²⁵

Diante de tudo que foi expandido, e ao modo de arremate do tema, aduzimos, com a devida vênia aos que pensem de maneira distinta, favoravelmente à legitimação do Ministério Público para impetrar mandado de segurança coletivo na

³²⁵ REsp 427140-RO, rel. Min. José Delgado, 1ª T., j. 20.05.2003, DJ 25.08.2003, p. 263. No mesmo sentido: REsp 817710-RS, rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 17.05.2007, DJ 31.05.2007, p. 364.

defesa de interesses difusos e coletivos tendo em vista: a) a necessidade de se interpretar as disposições constitucionais atinentes ao mandado de segurança e ao *Parquet* sistematicamente pelo princípio da unidade da Constituição, através do qual se verifica a existência da função institucional conferida para a defesa daqueles interesses (artigo 129), bem como para a proteção dos interesses sociais (artigo 127); b) a imprescindibilidade desta interpretação guardar identidade com a realidade atual em que se insere e não com a da época em que se promulgou o Texto Maior e os fatores que tiveram influência quando da redação dos dispositivos; c) o reforço de validação desta legitimação pelo princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva encartado no artigo 83, do Código de Defesa do Consumidor, combinado com o artigo 21, da Lei da Ação Pública; d) que a interpretação de efeitos restritivos atenta contra a análise das garantias constitucionais, às quais se deve – sempre quando possível – imprimir uma amplitude com vistas a uma maior efetividade; e) o fato da via mandamental mostrar-se como célere e sua utilização pelo órgão ministerial – caso se mostre conveniente e estejam presentes os requisitos necessários – garantir uma maior concretização do acesso à justiça; f) a eventual inércia dos co-legitimados e a possibilidade de impetração pelo Ministério Público como salvaguarda dos direitos em jogo; g) a existência de decisões, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, conferindo legitimação ao *Parquet* para a defesa dos direitos passíveis de resguardo por meio da ação civil pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo geral assumido pela presente pesquisa foi o de demonstrar a necessidade de se re (discutir) aspectos processuais e materiais ligados à efetividade, ou melhor, à operacionalização da legitimidade ativa da ação constitucional do mandado de segurança coletivo, tendo em vista os escopos da tutela coletiva, as reformulações de conceitos tradicionais à luz do processo civil coletivo, enquanto novo ramo do Direito, os posicionamentos jurisprudenciais relacionados ao tema e as posições doutrinárias encampadas pelos que se debruçam a estudar os institutos concernentes ao processo coletivo.

Após o cumprimento deste trajeto, buscou-se resumir abaixo – de forma congruente e sintética – as principais notas conclusivas a que chegamos sobre os assuntos abordados ao longo do trabalho.

1. Com a constitucionalização dos Estados, surgiu a premente necessidade da criação de um sistema de proteção dos direitos individuais dos cidadãos perante o poder absolutista e incontestável dos antigos governantes. Tal sistema, como se encontra atualmente traçado na Constituição Federal de 1988, assentou inúmeras garantias protetoras daquelas prerrogativas, dentre as quais se vislumbra a figura do mandado de segurança, previsto no artigo 5º, inciso LXIX. Sua essência, pois, é de instrumento de proteção, em regra, dos direitos do particular, vale dizer, do governado contra o Estado; figurando, sem dúvida, no rol das grandes conquistas democráticas. Liga-se, portanto, intimamente, à idéia de Estado de Direito, de contenção do Poder Público, colocando sob suspeita os atos deste emanados.

2. O mandado de segurança coletivo, enquanto garantia constitucional e ação coletiva, foi previsto expressamente no texto da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXX. Entretanto, suas origens atrelam-se às do mandado tradicional, o qual surgiu no nosso cenário jurídico encarnando nossas peculiaridades, não obstante tenha sofrido influências de institutos jurídicos estrangeiros semelhantes, dentre eles: os *writs* norte-americanos, o “juicio de

amparo” mexicano e as apelações portuguesas; de debates doutrinários travados pelos juristas pátrios e da chamada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, encabeçada por Ruy Barbosa, a fim de que este instrumento jurídico pudesse ser utilizado em um espectro mais amplo para proteger interesses mais abrangentes e fora do âmbito da liberdade de locomoção. Assim sendo, o *habeas corpus*, por mais de 90 anos, fez as vezes do mandado de segurança até que este viesse a ser previsto, de forma inédita, na Constituição Federal de 1934 e, *a posteriori*, também, na Constituição Federal de 1988, tendo entrado em vigor, neste interregno, a lei regulamentadora da ação: Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

3. Com a atual Constituição, deu-se, conseqüentemente, a inserção do mandado de segurança no rol das ações coletivas, previstas, constitucional e infraconstitucionalmente, em nosso ordenamento jurídico, e que formam um instrumental processual responsável pela proteção de pretensões referentes a várias pessoas simultaneamente, pois o objeto do direito material é metaindividual ou coletivo. A relevância dessas ações decorre da necessária mudança do ângulo de visão da ciência do Direito, como sendo, essencialmente, ortodoxa e ligada à resolução de conflitos tão-somente individuais.

4. As vantagens decorrentes da concretização da tutela coletiva não são difíceis de serem visualizadas: promove o efetivo acesso à justiça de direitos de natureza difusa ou coletiva; maximiza o princípio da economia processual tanto sob o ponto de vista do Poder Judiciário, pois se evita a propositura de inúmeras ações e a conseqüente sobrecarga do sistema judiciário, quanto dos autores que propõem a demanda, visto que ocorre uma diminuição de tempo e de dinheiro para o grupo; impede que haja decisões conflitantes sobre uma mesma questão jurídica, as quais causam insegurança no meio social; o Poder Judiciário aproxima-se da democracia porque se dá uma maior participação da sociedade na administração da justiça.

5. A proteção dos direitos metaindividuais em nosso país foi implementada por intermédio da disciplina processual disposta na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Subsidiados pelo atual Código de Processo Civil, tais diplomas legais se interagem e complementam. O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, adquiriu relevância ao caracterizar

em uma norma única (artigo 81) os direitos transindividuais, o que significou um avanço na construção dos conceitos de referidos interesses ou direitos. A Lei 8.078 distinguiu três categorias: direitos difusos, direitos coletivos, em sentido estrito, e direitos individuais homogêneos – possíveis objetos da ação de mandado de segurança coletivo – por meio, igualmente, de três critérios: um objetivo, um subjetivo e outro concernente à sua origem. Em verdade, os interesses difusos, coletivos, bem como os individuais homogêneos não constituem inovação de poucas décadas, o fato é que somente nos últimos anos acentuou-se uma preocupação doutrinária e legislativa em identificá-los de forma mais pormenorizada e protegê-los jurisdicionalmente, por meio do processo coletivo.

6. Nesse passo, difusos são os direitos provenientes de circunstâncias fáticas que podem atingir um número indeterminado e indeterminável de indivíduos ligados pela fluidez e indivisibilidade de um mesmo objeto; que, uma vez violado, ocasiona um dano uniforme, pois atinge a todos os membros daquela coletividade. Em relação aos interesses e direitos coletivos *stricto sensu*, figuram como traços identificadores básicos: a existência de titulares que podem ser determinados e que partilham uma mesma pretensão, vez que o bem jurídico apresenta natureza transindividual, e se ligam a um grupo organizado e determinado na sociedade ou à parte contrária por intermédio de um vínculo jurídico pré-existente (relação jurídica-base). Os direitos individuais homogêneos, de seu turno, são aqueles cujos titulares comportam individualização; constituem assim direitos individuais resguardados pelo processo coletivo em virtude da sua origem comum e da homogeneidade das pretensões. São vistos, portanto, como nova categoria de direitos coletivos *lato sensu* por razões de política legislativa e pelos pontos favoráveis que advêm desta proteção molecular de direitos individuais (economia e efetividade processuais, alívio da sobrecarga do Poder Judiciário quanto ao número de demandas, prevenção da multiplicação de lides em que são discutidos delitos de bagatela, os quais representam pequenas lesões em termos individuais, porém, em nível coletivo, geram grande repercussão).

7. No que respeita ao regime jurídico aplicável ao *writ* coletivo, não obstante a sua dimensão de ação coletiva, vê-se que aquele não apresenta total autonomia diante da modalidade tradicional de mandado de segurança. Ou seja: ainda que voltado para a defesa de direitos transindividuais, prevalece tudo que se diz acerca

do mandado de segurança individual e que não conflite com o propósito do mandado de segurança enquanto ação coletiva constitucional. Há, portanto, de um lado, certo distanciamento entre as duas ações pelo próprio fato do mandado de segurança absorver as peculiaridades inerentes à tutela coletiva e, de outro, é possível afirmar que este está sujeito aos mesmos requisitos constitucionais de admissibilidade estabelecidos quanto à via tradicional. Logo, tanto as ações mandamentais individual, quanto a coletiva, deverão atender aos mesmos pressupostos materiais, cujas bases legais residem no inciso LXIX, do artigo 5º, da Constituição Federal e no *caput*, do artigo 1º, da Lei nº 1.533/51.

8. O escopo do mandado de segurança coletivo é, igualmente, o de tutelar direitos líquidos e certos – não protegíveis pelos institutos do *habeas corpus* ou do *habeas data* (campo residual da ação) – quando sejam violados (modalidade repressiva), ou mesmo ameaçados de sofrer violação (modalidade preventiva), por ato de autoridade que agiu com abuso de poder ou ilegalmente, ou deixou de realizar a conduta comissiva a que estava adstrita (inércia da Administração Pública). Imprescindíveis, assim, à utilização da ação coletiva: a presença de liquidez e certeza dos direitos alegados em juízo; que estes não possam ser tutelados por meio dos *habeas: corpus* ou *data*; a demonstração de ato ilegal ou abuso de poder, provindos de autoridade pública.

9. A contextualização, para fins de impetração, do que vem a ser direito líquido e certo reside no ponto central deste estar atrelado, sim, à existência, de plano, de fatos incontroversos, comprovados documentalmente pelo impetrante. Havendo necessidade de dilação probatória, ou seja, não havendo provas pré-constituídas, conforme autorizadas doutrina e jurisprudência, afastada estará a via mandamental.

10. A autoridade coatora deve ser vista como a pessoa física que possui poder decisório, conferido pela Lei ou por outro ato normativo, para determinar a execução de atos administrativos. Caso venha, também, a executar a decisão, será considerada parte coatora no pedido de segurança. No tocante ao ato de autoridade, englobados estão: o praticado por qualquer autoridade da Administração Pública, assim como do Ministério Público; o executado por pessoas naturais ou jurídicas,

quando exercentes de funções públicas delegadas; os realizados por representantes ou administradores de entidades da Administração Pública Indireta (autarquias, entidades paraestatais, empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos); bem como o ato judicial ou administrativo, levado ao cabo pelo Magistrado, que venha, conseqüentemente, a ofender direito líquido e certo.

11. Consoante o disposto nos artigos 1º, *caput*, da Lei nº 1.533/51 e no artigo 5º, inciso XXXV, *in fine*, da Constituição Federal, o mandado de segurança coletivo poderá ser ajuizado preventivamente, entretanto, além dos requisitos necessários à impetração repressiva, mostra-se curial a presença da ameaça de sofrer a lesão, isto é, esta deve ser considerada iminente e, para tanto, imprescindível que exista, no caso concreto, um justo receio, fundado em elementos objetivos e concretos, atuais e reais e não em especulações do impetrante.

12. O procedimento individual estabelecido na Lei nº 1.533, de 1951, pode ser aplicado à ação mandamental em âmbito coletivo. Todavia, em que pese o fato de algumas de suas disposições legais possuírem aplicabilidade imediata, não são todos os dispositivos que se adaptam, de modo total ou satisfatório, ao *writ* enquanto ação coletiva. Logo, o mandado de segurança coletivo sofre, outrossim, a interpenetração e a subsidiariedade obrigatórias das normas que visam à tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos em nosso ordenamento jurídico – com relevante atenção para as Leis nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) – e das normas processuais traçadas no Código de Processo Civil.

13. Da análise pormenorizada da lei especial reguladora da ação mandamental, infere-se pela incompatibilidade das disposições atinentes à legitimação extraordinária na esfera da ação de mandado de segurança individual (parágrafo 2º, do artigo 1º e artigo 3º) e à concessão de decisão liminar para suspensão do ato impugnado, uma vez presentes os pressupostos legais necessários, pois em lugar do inciso II, do artigo 7º deverá ser aplicado o artigo 2º, da Lei nº 8.437/92. Ademais, o artigo 16 da Lei também transparece como incompatível com a ação mandamental coletiva, porque preferível a aplicação do

disposto no artigo 103, do Código de Defesa do Consumidor no tocante ao regime da coisa julgada na esfera coletiva. Por fim, a aplicação da figura do litisconsórcio ao *writ* coletivo dar-se-á nos limites traçados pelo artigo 19, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e não nos termos do artigo 19, da Lei nº 1.533/51, ou seja, o Código de Processo Civil, no que toca à figura litisconsorcial, será aplicado tendo em vista as peculiaridades das ações coletivas as quais admitem, no processo coletivo, tanto o litisconsórcio ativo inicial, como o posterior, dos co-legitimados. Doutra parte, apresentam aplicabilidade parcial à ação mandamental coletiva os artigos 4º, 11, *caput* e parágrafo único, pois alguns pontos de suas redações não se adaptam à atualidade, vez que remontam à época em que a legislação entrou em vigor: 1951. Igualmente, o reexame necessário da sentença concessiva da segurança, conforme dispõe o parágrafo único, do artigo 12, da Lei 1.533, deverá levar em consideração, quando da sua aplicação, o prescrito no inciso I, do artigo 475, do Código de Processo Civil, assim como o disposto no *caput*, do artigo 19, da Lei nº 4.717/65, a fim de que possa prevalecer, no caso concreto, o interesse coletivo e não possa ser executada provisoriamente a decisão judicial procedente até que a mesma seja confirmada pelo tribunal *ad quem*.

14. Por fim, não oferecem maiores dificuldades de ordem prática à adequação da ação coletiva as disposições legais que tratam: dos pressupostos, dos requisitos, da competência, do procedimento a ser seguido e da sistemática recursal do mandado de segurança individual, em específico: o artigo 1º, *caput* e parágrafo 1º; o artigo 2º; o artigo 5º e seus incisos I, II e III; o artigo 6º, *caput* e parágrafo único; o inciso I, do artigo 7º; o artigo 8º, *caput* e parágrafo único; o artigo 9º; o artigo 10; o *caput* do artigo 12; os artigos 13 a 15; o artigo 17, *caput* e parágrafo único e, em derradeiro, o artigo 18.

15. Sobre a natureza jurídica da legitimidade dos partidos políticos, das organizações sindicais, das entidades de classe e das associações à impetração do mandado de segurança coletivo, há expressiva doutrina que tende a considerá-la como sendo extraordinária, na modalidade de substituição processual. Não obstante e considerando o debate existente em torno da legitimidade ativa das ações coletivas em um modo mais amplo, o posicionamento por nós defendido, no âmbito deste trabalho, é de que a substituição processual, como fenômeno excepcional e

próprio do processo civil individual, não se adapta à ação mandamental coletiva. Isso porque: a) os direitos que podem ser defendidos pelos co-legitimados não se referem somente aos direitos dos filiados, associados ou membros, aqueles primeiros poderão se ligar à própria finalidade institucional do ente; b) em se tratando da defesa de direitos difusos, em que os “substituídos” não constituem pessoas determinadas, a tentativa de encaixe do fenômeno da substituição processual do direito individual torna-se falha; c) dentre as características da legitimação ativa no processo coletivo está o fato desta delinear-se como concorrente e disjuntiva, caracteres, pois, peculiares da tutela coletiva e não do processo individual; d) concluir pela ocorrência de substituição processual como regra para a ação mandamental coletiva implica estender tal premissa às demais ações coletivas, o que significa, por sua vez, descartar a possibilidade de visualização da existência de uma legitimação própria do processo coletivo, como entendem alguns doutrinadores (Antonio Gidi e Luiz Manoel Gomes Júnior), e a conseqüente necessidade de se procurar adotar uma nova classificação para tal legitimação, por meio de uma abordagem diferenciada do direito processual coletivo, como ramo do Direito, porém desvinculado, em muitos aspectos, dos conceitos clássicos do direito processual civil individual.

16. Quanto à questão do *mandamus* coletivo, voltar-se à proteção tão-somente de interesses ou de direitos. Em sintonia com as tendências mais atuais da ciência do Direito, é de se concluir que a garantia possui como escopo a tutela de ambos, seja porque nosso ordenamento jurídico preocupou-se em conceder a mesma proteção aos interesses e aos direitos, em nível constitucional e em infraconstitucional, o que nos leva a crer que eles passam a assumir o mesmo *status* e que os vocábulos “direitos” e “interesses” utilizados, respectivamente, nos incisos LXIX e LXX, alínea “b”, do artigo 5º, da Constituição Federal teriam sido empregados em sentido unívoco; seja porque a expressão “direito líquido e certo” do inciso LXIX, do artigo 5º, da Constituição Federal, não se atrela a uma interpretação literal e fechada no intuito de imprimir ao *writ* um caráter limitador do seu alcance protetivo enquanto garantia constitucional; seja porque a tentativa de firmar uma diferenciação no plano prático vai de encontro à finalidade do instituto, o qual oferece um instrumento processual efetivo de defesa de direitos líquidos e certos dos cidadãos.

17. Com relação aos direitos tuteláveis (objeto passível de tutela, atrelado à disposição do artigo 81, da Lei nº 8.078/90) em sede de mandado de segurança coletivo, defendemos uma concepção ampliativa do texto constitucional a fim de que a ação coletiva possa resguardar não somente os direitos coletivos em sentido estrito, como também os difusos e os individuais homogêneos, tendo em vista que pensamento contrário importaria em despotencializar a garantia constitucional. Mais coerente, se não dizer adequado, afigura-nos a não restrição do campo material da ação coletiva exclusivamente aos direitos de classes, de grupos ou de associados. Os demais direitos transindividuais, portanto, não podem restar alijados por meio de uma interpretação literal e restritiva da letra da Lei, haja vista o disposto adiante no parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Esta exegese ampliativa, a propósito, é defendida por uma gama considerável de doutrinadores e descaracteriza, por conseguinte, eventuais teses que buscam restringir a segurança com base ou na existência de outros instrumentos jurídicos hábeis a proteger, atualmente, os direitos difusos; ou na impossibilidade de se poder comprovar o pressuposto do direito líquido e certo no bojo da ação mandamental coletiva, em se tratando de pretensões difusas, fluidas.

18. No que tange ao partido político, este deverá, inicialmente, obedecer aos ditames contidos na Constituição Federal (artigo 17) e na legislação infraconstitucional (artigo 45, do Código Civil e Lei nº 9.096/95 – Lei Orgânica dos Partidos Políticos), para que, uma vez adquirida personalidade jurídica, na forma legal, e posteriormente, satisfeito o requisito da “representação no Congresso Nacional”, previsto na alínea “a”, *in fine*, do inciso LXIX, do artigo 5º, da Constituição Federal, a organização possa atuar em juízo na defesa de direitos líquidos e certos. A doutrina apresenta-se unânime no sentido de reconhecer ao partido político a necessidade do mesmo contar com, pelo menos, um deputado federal ou um senador, no Congresso Nacional, para que esteja apto a impetrar a ação de mandado de segurança coletivo. Ademais, a ressalva de alguns autores de que apenas poderão figurar no pólo ativo da demanda os membros constantes do estatuto partidário, é considerada válida.

19. Pertinente à discussão, em torno da extensão da legitimidade ativa conferida ao partido político para a impetração do mandado de segurança coletivo, temos que a organização não está adstrita, absolutamente, à defesa tão-somente de seus membros filiados ou mesmo de direitos políticos, conforme disposto nos artigos 14 a 16 da Constituição Federal. O campo de atuação do ente legitimado, pois, admite um entendimento que outorga efeitos ampliativos à interpretação, partindo dos métodos finalístico e sistemático, no sentido de que aquele poderá, com base na sua própria *ratio essendi*, emanada dos artigos 1º, parágrafo único, e 17, do texto constitucional e dos artigos 1º e 2º, da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, proteger interesses coletivos ou difusos ligados à sociedade transcendendo, assim, direitos atinentes apenas aos filiados, haja vista, outrossim, a própria exigência de representação em nível nacional estabelecida pela alínea “a”, do inciso LXX, do artigo 5º, da Constituição Federal; além de agir na defesa do Estado Democrático de Direito, dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais. Nesse contexto, conseqüentemente, as visões dos doutrinadores que se colocam em posição intermediária, como José Carlos Barbosa Moreira, Ivan Lira de Carvalho e José Maria Othon Sidou, acabam por ofuscadas, pois vemos que a construção da aplicação da norma jurídica traçada na alínea “a”, do inciso LXX, do artigo 5º, da Constituição Federal deve ir além da letra da Lei, porque a natureza da linguagem constitucional, própria à veiculação de normas principiológicas e esquemáticas, faz com que estas apresentem uma maior abertura e um maior grau de abstração.

20. Igualmente legitimadas ao ajuizamento de mandado de segurança coletivo estão: as organizações sindicais (ou sindicatos), as associações e as entidades de classe. As primeiras constituem pessoas jurídicas de direito privado, enquanto as últimas podem ser de natureza pública ou privada. Entretanto, todas, uma vez instituídas conforme prescreve a legislação, mostram-se aptas a defender judicialmente os interesses de seus associados. Não obstante, ao mandado de segurança acresceu-se um pressuposto específico, para o exercício da legitimação ativa, consubstanciado no funcionamento do ente há pelo menos um ano (alínea “b”, do inciso LXX, do artigo 5º, da Constituição Federal), o qual deverá ser exigido não somente da parte das associações, mas sim de outros co-legitimados, como forma de conferir uma maior seriedade à atuação em juízo e evitar possíveis desvirtuamentos da segurança na defesa de direitos que são fruídos em conjunto.

21. Em relação ao debate sobre a comprovação de uma pertinência temática pelas associações legitimadas, entendemos pela possibilidade de se argumentar no sentido de que a expressão constitucional “em defesa dos interesses de seus membros e associados” não equivaleria a uma regra única e, portanto, estática a nortear a atuação dos co-legitimados. Isso porque, existindo uma correlação (nexo) temática, a impetração não deve ser obstada, todavia, consoante transparece de posições doutrinárias e posicionamentos jurisprudenciais mais flexíveis, vemos que é possível a defesa de situações jurídicas que fogem à noção de pertinência temática, sem, entretanto, deixar-se à míngua de proteção jurisdicional direitos dos associados. Preferível, nesse passo, a adoção de uma interpretação mais compatível com a efetividade que se quer imprimir à ação coletiva mandamental enquanto garantia constitucional de direitos coletivos, pois aquela não militaria com a celeridade da via, haja vista o prazo limite estabelecido em Lei de cento e vinte dias, para que o ente legitimado faça uso da ação. Tal lapso temporal, desse modo, obstaría – de antemão – uma (afirmada) sobrecarga do Poder Judiciário.

22. Sobre a questão focada na exigência de uma autorização específica dos membros, por meio de assembléia geral ou outra forma de convocação, quando da impetração do *mandamus* coletivo, concluímos pela sua desnecessidade, o que não descarta, contudo, a previsão genérica do estatuto para que o ente co-legitimado possa estar em juízo.

23. Quanto à possibilidade de se conceder legitimidade ativa ao Ministério Público para impetrar o mandado de segurança coletivo, há doutrinadores que entendem que o rol dos legitimados ativos do artigo 5º, inciso LXX, da Constituição Federal é taxativo, não comportando, dessa forma, a atribuição de tal prerrogativa ao *Parquet*. Em sentido contrário, militam vários expoentes da doutrina nacional, com base no estabelecido nos artigos 127 e 129, também do texto constitucional. Na esfera deste trabalho, julgamos, não só como conveniente, mas sim imperiosa, a aferição de legitimidade ativa ao órgão do Ministério Público por várias razões, que se complementam: a) o princípio da unidade da Constituição, que deve nortear a interpretação do exegeta quando da análise das disposições referentes ao mandado de segurança e ao Ministério Público; b) os dados históricos ligados à redação dos dispositivos relacionados ao órgão ministerial; c) o princípio da máxima amplitude da

tutela jurisdicional coletiva trazido nos artigos 83, do Código de Defesa do Consumidor e 21, da Lei nº 7.347/85; d) o afastamento de uma interpretação restritiva em relação às garantias constitucionais; e) a viabilização da ação mandamental coletiva ao Ministério Público como forma de concretização do acesso à justiça e, outrossim, de salvaguarda de direitos coletivos, uma vez inertes os co-legitimados do artigo 5º; f) os entendimentos jurisprudenciais no sentido de se conferir referida prerrogativa para tutelar os direitos protegíveis por intermédio da ação civil pública.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. **Writs Constitucionais**: habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data. São Paulo: Saraiva, 1988.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.

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

ALVIM, Teresa Arruda. Apontamentos sobre as ações coletivas. **Revista de Processo** n. 75. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. 1994. p. 273-283.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Sobre a distinção entre interesses coletivos e interesses individuais homogêneos. *In*: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 78-85.

BARBI, Celso Agrícola. Mandado de Segurança e Mandado de Injunção na Constituição de 1988. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais** n. 32. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, out. 1989. p. 97-105.

_____. **Do mandado de segurança**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BASTOS, Lucília Isabel Candini. **Mandado de Segurança Coletivo: legitimidade ativa e objeto**. Curitiba: Juruá, 2006.

BEDAQUE, José dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao Direito: lições de propedêutica jurídica**. 3. ed. São Paulo: Letras & Letras, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRAGA, Renato Rocha. **A Coisa Julgada nas Demandas Coletivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de Segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros estudos sobre mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

BUZAID, Alfredo. Mandado de segurança, “injunctions” e “mandamus”. **Revista de Processo** n. 53. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1989. p. 7-12.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. Mandado de segurança: pressupostos e cabimento da impetração preventiva. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos do mandado de segurança**: 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 152-187.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Título original: Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARDOSO FILHO, Celso. Alguns Aspectos Processuais do Mandado de Segurança. **Revista de Processo** n. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1981. p. 79-89.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o mandado de segurança coletivo. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul** n. 54. Porto Alegre: mar.-1992. p. 53-74.

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

CASTILHO, Ricardo. **Acesso à justiça**: tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão. São Paulo: Atlas, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito processual constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Os Writs na Constituição de 1988**: Mandado de Segurança, Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data, Habeas Corpus, Ação Popular. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1996.

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

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: Processo Coletivo. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007. v. 4.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. A sentença e seus desdobramentos no mandado de segurança coletivo individual e coletivo. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos do mandado de segurança**: 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 684-721.

DINIZ, José Janguê Bezerra. O Mandado de Segurança. **Consulex**: v. 0, n. 0. Brasília: jan.-dez. 1998.

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

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; NERY JUNIOR, Nelson; MILARÉ, Édis. **A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERRAZ, Sergio. Mandado de segurança e acesso à justiça. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos do mandado de segurança: 51 anos depois**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 755-772.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Teoria e Prática do Mandado de Segurança**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

FERREIRA, Rony. **Coisa julgada nas ações coletivas: restrição do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Partidos políticos e mandado de segurança coletivo. **Revista de Direito Público** n. 95. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. 1990. p. 37-41.

_____. **Mandado de segurança**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Ações coletivas: dupla comemoração. **Revista de Direito do Consumidor** n. 57. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 2007. p. 60-76.

FRANCO NETO, Ary Azevedo. Mandado de segurança coletivo – legitimação das entidades associativas para a defesa de interesses coletivos. **Revista dos Tribunais** n. 677. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 1992. p. 7-12.

GIDI, Antonio. **Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Legitimidade para agir em ações coletivas. **Revista de Direito do Consumidor** n. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 1995. p. 52-66.

_____. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos:** as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

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

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988:** interpretação e crítica. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades.** São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela preventiva das liberdades: “habeas corpus” e mandado de segurança. **Revista de Processo** n. 22. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 1981. p. 26-37.

_____. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. **Revista de Processo** n. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. 1986. p. 19-30.

_____. Mandado de Segurança Coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada. **Revista de Processo** n. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 1990. p. 75-84.

_____. **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

GUTIÉRREZ, Daniel Mota. **Princípios do processo civil coletivo na Constituição Federal:** análise baseada na discussão de institutos e questões polêmicas da tutela

coletiva. Trabalho inédito. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica, São Paulo. 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Título original: Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” Verfassungsinterpretation. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Título original: Die normative Kraft der Verfassung. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Direito constitucional esquematizado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005.

LEYSER, Maria de Fátima Vaquero Ramalho. **Mandado de Segurança**: Individual e Coletivo. São Paulo: Wvc, 2002.

_____. **Ações coletivas e direitos difusos**. Campinas: Apta Edições, 2004.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El Amparo Iberoamericano (Estudio de derecho procesal constitucional comparado). **Revista de Processo** n. 143. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2007. p. 79-114.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: (Lei 7.437/85 e legislação complementar). 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 2. Campinas: Millennium, 2000.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 19 ed. atual. por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, v. 4.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. **Processo Civil**: Recursos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. v. 6. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998.

MOMEZZO, Marta Casadei. **Mandado de Segurança Coletivo**: aspectos polêmicos. São Paulo: LTr, 2000.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo** n. 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1991. p. 187-200.

MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 29. ed. rev. São Paulo: LTr, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. Mandado de segurança coletivo. **Revista de Processo** n. 57. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1990. p. 150-158.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**: atualizado até 1º de março de 2006. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Remédios Constitucionais**. São Paulo: Manole, 2004.

NUNES, José de Castro. **Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1967.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de Defesa do Consumidor interpretado**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo I**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo24.htm>>. Acesso em: 25 mar. 2007.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Mandado de segurança e controle jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

OLIVEIRA, Lourival Gonçalves de. Interesse processual e mandado de segurança coletivo. **Revista de Processo** n. 56. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 1989. p. 75-85.

OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos. **Revista de Processo** n. 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1984. p. 7-25.

PACHECO, José da Silva. **Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PASSOS, Elizabeth Nogueira Calmon de. Mandado de Segurança Coletivo. **Revista de Processo** n. 69. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1993. p. 164-168.

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

PAULA, Adriano Perácio de. Do procedimento do mandado de segurança coletivo. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos do mandado de segurança**: 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 28-37.

PINTO, Eneida Luzia de Souza. Princípios Informativos das Ações Coletivas. **Revista de Processo** n. 151. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2007. p. 311-334.

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

REIS, Nilson. **Mandado de segurança**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

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

ROCHA, Luciano Velasque. **Ações Coletivas**: o problema da legitimidade para agir. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1. Parte Geral.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Mandado de segurança individual e coletivo: legitimação e interesse. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul** n. 45. Porto Alegre: Ajuris, mar. 1989. p. 25-35.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e Ações Coletivas**: Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTr, 2003.

SIDOU, José Maria Othon. **Do mandado de segurança**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

_____. **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular**: as garantias ativas dos direitos coletivos. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Mandado de segurança – meio idôneo para a defesa de interesses difusos? **Revista de Processo** n. 60. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 1990. p. 131-145.

SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de segurança coletivo na Constituição de 1988. **Revista de Direito Público** n. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1989. p. 37-42.

_____. “Habeas data” e mandado de segurança coletivo. **Revista de Direito Público** n. 95. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. 1990. p. 190-199.

TALAMINI, Eduardo. As origens do mandado de segurança na tradição processual luso-brasileira. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos do mandado de segurança: 51 anos depois**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 287-316.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **“Class Action” e Mandado de Segurança Coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990.

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

VELLOSO, Carlos Mário. As Novas Garantias Constitucionais. **Revista de Direito Administrativo** n. 177. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jul.-set. 1989. p. 14-28.

VITAGLIANO, José Arnaldo. **Instrumentos processuais de garantia**. Curitiba: Juruá, 2002.

WALD, Arnaldo. **Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença Civil: liquidação e cumprimento**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: novo paradigma de legitimação. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 10 abr. 2008.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2006.

_____. **Direitos Coletivos Lato Sensu**: a definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos stricto sensu e dos direitos individuais homogêneos. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo14.htm>>. Acesso em: 12 ago. 2007.

_____. A efetividade do mandado de segurança coletivo no Código Brasileiro de Processos Coletivos. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. (Coords.) **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 388-402.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Processo** n. 78. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.- jun. 1995. p. 32-49.

_____. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.
São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.