

O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO E A LEI Nº 12.016/2009

THE COLLECTIVE WRIT OF MANDAMUS AND THE LAW Nº 12.106/2009

Flávia Brettas Brondani¹
Bruno Freire e Silva²

RESUMO

O projeto de Lei 125/2006 foi encaminhado para a sanção presidencial, convertendo-se na Lei 12.016/2009.

A lei 12.016/2009 visa a regulamentar o mandado de segurança individual e coletivo. Em relação ao mandado de segurança individual não trouxe grandes inovações, restringindo apenas a compilar legislação já existente, já no mandado de segurança coletivo a legislação trouxe dois artigos, o 21 e 22 que não tinham correspondente em legislação anterior suprimindo dessa forma lacuna na lei.

Este artigo busca cuidar os dispositivos, sem exaurir o tema, dedicados ao mandado de segurança coletivo, apontando alguns retrocessos da Lei 12.016/2009, que nada beneficiou o instituto.

Palavras-chave: Mandado de segurança coletivo. Legitimidade. Coisa julgada

ABSTRACT

The Law 125/2006 was referred to presidential approval, becoming the Law 12,016 / 2009.

Law 12.016 / 2009 aims at regulating the injunction individual and collective.

Regarding the warrant individual security has brought great innovations, restricting only to compile existing legislation already in the collective writ of security legislation brought two articles, the 21 and 22 they had no counterpart in previous legislation so supplying this gap in the law.

This article seeks care devices, without exhausting the subject, dedicated to collective writ of mandamus, pointing out some setbacks of Law 12.016 / 2009, which benefited the institute nothing.

¹ Advogada, graduada pela Universidade Braz Cubas, Especialista em Direitos Tributário pela Universidade Mackenzie, mestranda em Direitos Coletivos e de Cidadania pela UNAERP, e-mail: brettasfla@gmail.com

² Advogado, graduado na Universidade Federal da Bahia, Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo Professor Adjunto de Teoria Geral do Processo na Universidade Do Estado do Rio de Janeiro, Especialista em Direito Processual do Trabalho pela Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, e-mail: bruno@pessoaefreire.com.br

Keywords: Writ of collective security. Legitimacy. Res judicata

1 INTRODUÇÃO

O projeto de Lei 125/2006 foi encaminhado para a sanção presidencial, convertendo-se na Lei 12.016/2009. A lei trata do mandado de segurança individual e coletivo, suprimindo lacuna disciplinando o instituto, que até então era disciplinado pela simbiose entre o microssistema dos processos coletivos e a Lei do Mandado de Segurança.

Contudo, ao contrário do que possa parecer, retrocede em muitos pontos na disciplina do instituto. Mais uma prova de que nem tudo que é novo é melhor, como advertia Jose Carlos Barbosa Moreira³, a rapidez acima de tudo ou o “quanto mais depressa melhor”, não serve para o processo civil e o processo legislativo.

Assim, o presente artigo pretende apontar os avanços e retrocessos da Lei 12.016/2009, dentre os aspectos mais polêmicos, pode-se destacar: a legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo, os direitos a serem versados no mandado de segurança coletivo e o limite da coisa julgada.

2 LEGITIMIDADE ATIVA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

A Constituição Federal outorgou legitimação ativa para impetração de mandado de segurança coletivo a “partido político com representação no Congresso Nacional” e à “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 artigo 21, *caput*, da Lei 12;016/2009, confere legitimação “a partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos 1 (um) ano, em defesa dos direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus

³ Jose Carlos Barbosa Moreira. O futuro da Justiça; alguns mitos. In: **Temas de Direito Processual Civil**- Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p-1-14.

estatutos e desde que pertinentes as suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.”

A lei reduz a legitimação dos partidos políticos expressamente “na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária”, assim cria limitação subjetiva, relativa aos integrantes dos partidos políticos e objetiva, relativa à finalidade partidária.

Não se pode determinar a legitimação dos partidos políticos pelos interesses próprios de seus integrantes, isso porque, as agremiações políticas estão vinculadas ao interesse maior, pelo menos em tese, de modificação da sociedade brasileira e de legalidade objetiva (juridicidade) dos atos do poder, ademais, a Constituição não apresentou essa restrição na alínea “a)” do permissivo constitucional, apresentando-a “b)” (cf. Hermes Zaneti Jr. Mandado de Segurança Coletivo, p.173; e, mais elaboradamente, Hermes Zaneti Jr. Mandado de Segurança Coletivo: Aspectos Processuais Controversos, 113-123).

No mais se a legitimação dos partidos políticos para ações diretas de constitucionalidade não exige pertinência temática, porque haveria de exigí-la no Mandado de Segurança Coletivo.

Em relação a legitimação das entidades de classe e sindicatos não vem sendo exigida a constituição há pelo menos um ano. Esta exigência vale apenas para as associações. Cabe, ao juiz, contudo, em analogia ao microssistema, dispensar o requisito nos termos do artigo 5º, § 4º da LACP.

Outro erro da referida lei, é a falta de legitimação do Ministério Público, pois podem se valer de qualquer procedimento previsto em lei (artigo 83 do CDC), e logo no Mandado de Segurança Coletivo que é um direito fundamental, lhes faltaria capacidade processual.

3 MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO E OS DIREITOS DIFUSOS

A Lei 12.016/2009 deixa de reconhecer a via do *writ* para a tutela dos direitos coletivos em sentido estrito e aos direitos individuais homogêneos, incorrendo em grande equívoco.

II CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

Por obvio trata-se de violação ao princípio da inafastabilidade (artigo 5º, XXXV, CF/88), que garante que nenhuma ameaça ou lesão a direitos será afastada da apreciação do judiciário.

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

Nesse sentido, Leonardo Carneiro da Cunha sustenta que deve ser feita uma interpretação conforme a Constituição do parágrafo único do art. 21 da Lei nº 12.016/2009, permitindo que os direitos difusos sejam tutelados pela via do mandado de segurança coletivo:

Como manifestação dessa garantia de acesso à justiça, é forçoso admitir todas as espécies de demandas e provimentos capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos transindividuais. E é decorrência do acesso à justiça a efetividade da tutela preventiva e repressiva de quaisquer danos provocados a direitos transindividuais, mediante o uso de todos os meios adequados. Em razão do acesso à justiça, não deve haver limitações ou restrições ao uso de ações coletivas. Sempre que um direito transindividual for ameaçado ou lesado será cabível a ação coletiva. A garantia de acesso à justiça marca o processo coletivo, valendo dizer que o mandado de segurança coletivo afigura-se cabível para a defesa de qualquer direito coletivo seja ele difuso, coletivo ou individual homogêneo. Impõe-se, enfim, conferir ao parágrafo único do art. 21 da Lei nº 12.016/2009 uma interpretação conforme a Constituição para entender que o mandado de segurança coletivo também se destina à proteção de direito ("sic") difusos. (grifado no original)⁴

Importante mencionar, por fim, os posicionamentos doutrinários contrários à defesa dos direitos difusos através do mandado de segurança coletivo.

Humberto Theodoro Jr. defende que o legislador restringiu o objeto do mandado de segurança coletivo aos direitos coletivos e individuais homogêneos, não estendendo aos direitos difusos, porque: "sem uma relação jurídica básica bem

⁴ Leonardo Carneiro da Cunha, A fazenda Pública em Juízo, p. 488

definida a unir a coletividade à autoridade coatora, seria sempre muito difícil submeter os direitos difusos à exigência constitucional de liquidez e certeza de que se deve obrigatoriamente revestir o direito subjetivo tutelado pelo mandado de segurança”.⁵

Seguindo também essa corrente, que, como podemos inferir, é minoritária, Hely Lopes Meirelles, Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes sustentam que agiu corretamente o legislador ao não admitir a tutela dos direitos difusos através de mandado de segurança coletivo, pois essa espécie de direito transindividual deverá ser protegida pela ação civil pública.

4 LIMITES À COISA JULGADA

A coisa julgada no mandado de segurança coletivo esta disciplinada no artigo 22 da Lei 12.016/2009.

Trata-se de coisa julgada *ultra partes*, já prevista no artigo 103 do CDC. Nas ações coletivas as partes são beneficiadas pelas decisões coletivas com a extensão subjetiva da coisa julgada (coisa julgada *secundum eventum litis*).

Não há nada na lei que diga respeito sobre a técnica de produção da coisa julgada. Havendo assim lacuna na lei.

Fredie Didier, aponta três teorias para o caso.

A primeira delas é considerar que o modo de produção de coisa julgada é o *pro et contra*, inclusive para os titulares dos direitos individuais considerados como “substituídos”, modo típico e adequado para o processo individual. Para ele, torna-se inaceitável essa solução, pois a solução da lacuna deve-se ser buscada dentro do microsistema da tutela jurídica coletiva e não foras dele, se a opção revela-se pior do que o modo geral de coisa julgada previsto no CDC.

A segunda opção é considerar a coisa julgada *secundum eventum probationis*. A opção é aceitável, mas não é conveniente. É que o módulo probatório do mandado de segurança é exclusivamente documental. Pode acontecer de a decisão denegatória do mandado de segurança basear-se na prova produzida (denega-se por ausência de direito, e não por ausência de prova documental): nesse caso, há coisa

⁵ Humberto Theodoro Junior, O mandado de segurança segundo a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009, p. 47

julgada material, a despeito do juízo de improcedência. Mesmo se o impetrante obtiver outra prova documental, não poderá renovar a sua demanda, por mandado de segurança ou por qualquer outro procedimento. Há coisa julgada.

E por fim a terceira opção, que para Freddy Didier é a mais plausível, é aquela que devemos buscar no próprio microssistema a solução da lacuna, ou seja, nesse caso no artigo 103 do CDC, *secundum eventum probationis*, sem qualquer limitação quanto ao novo meio de prova que pode fundar a repropositura da demanda coletiva. A extensão subjetiva da coisa julgada coletiva será *secundum eventum litis*, sem prejuízo das pretensões dos titulares de direitos individuais, mesmo no caso da desistência do processo prevista no § 1º do mesmo artigo, já que sabidamente a desistência não embaça a repropositura da demanda (art. 267, VIII do CPC).

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, podemos concluir que a Lei 12.016/2009 na verdade não trouxe muitas inovações, pelo contrário, trouxe mais dúvidas e lacunas sobre o mandado de segurança coletivo.

Diversos dispositivos da nova lei do mandado de segurança estão colimados pelo vício da inconstitucionalidade, quer seja de cunho formal, quer de cunho material, razão pelo qual devem tais dispositivos ser expurgados do ordenamento jurídico.

Mediante uma interpretação sistemática é possível afirmar que todos os legitimados do artigo 21 da lei, estão aptos a tutela dos direitos difusos e coletivos. Incluindo as associações e o Ministério Público, sem as restrições da pertinência temática com relação aos partidos políticos.

Não há, em nosso entender, como restringir a utilização do mandado de segurança coletivo para a defesa dos direitos difusos, pois estamos diante de uma garantia fundamental que deve ser interpretada sempre no sentido de se conferir sua máxima efetividade.

E por fim, a coisa julgada deve ser interpretada de acordo com o dispositivo no artigo 103 do CDC.

REFERÊNCIAS

II CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

MOREIRA, José Carlos Barbos. O futuro da Justiça. Alguns mitos. In. **Temas de Direito Processual Civil**- Oita Série. São Paulo, 2004

CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo.**

JUNIOR, Humberto Theodoro. **O mandado de segurança segundo a Lei 12.016/2009**, 2009

JUNIOR, Freddie Didier, JUNIOR, Hermes Zanet. **O mandado de Segurança Coletivo e a Lei nº 12.106/2009.**