
**DOS CONFLITOS DAS NORMAS EM SEDE DE MANDADO DE MANDADO DE
SEGURANÇA COLETIVO**

OF CONFLICTS OF STANDARDS IN COLLECTIVE SECURITY OFFICER
HEADQUARTERS

Claudionor Pereira de Castro¹

RESUMO

O presente artigo pretende, através de uma apertada síntese, fazer um estudo em torno do art. 21 da nova lei do mandado de segurança, verificando no seu bojo o rol ali previsto de legitimados ativos para o writ coletivo e verificar, analisar a interpretação constitucional que vem sendo dada pelas cortes superiores às previsões idênticas existentes nas alíneas do inciso LXX, do art. 5º, da Carta Magna. Bem como demonstrar, naquilo que for incompatível com a jurisprudência sedimentada, os primeiros posicionamentos da doutrina especializada.

Palavras-chave: Mandado de segurança coletivo. Legitimidade ativa. Constituição Federal. Lei infraconstitucional. Ações coletivas. Cortes Superiores. Diálogo das fontes.

ABSTRAT

The present article intends, through a brief synthesis, to make a study around the art. 21 of the new law of the writ of mandamus, verifying in its bulge the predicted role of legitimized assets for the collective writ and verifying, analyzing the constitutional interpretation that is being given by the courts superior to the identical predictions existing in the subsections of section LXX, art. . 5, of the Constitution. As well as demonstrating, in what is incompatible with settled jurisprudence, the first positions of specialized doctrine.

Keywords: Collective writ of mandamus. Active legitimacy. Federal Constitution. Infraconstitutional law. Collective actions. Superior Courts. Dialogue of sources.

Introdução

¹ Mestrando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. Email: claudionorc@tjsp.jus.br

O mandado de segurança coletivo trazido pela nossa Constituição Federal de 1988, no título II – dos direitos e garantias fundamentais, capítulo I – dos direitos e deveres individuais e coletivos, notadamente no art. 5º, inciso LXX, é instrumento atual de tutela de direitos e interesses metaindividuais. De modo diverso do mandado de segurança individual, o qual fora esculpido na Carta Política de 16 de julho de 1934 (art. 113, 33)¹, não trouxe no bojo das Constituições anteriores.

Verifica-se que houve uma pequena indicação na Lei nº. 8.437/92, art. 2º, até a edição da Lei nº. 12.016/09, não constava nenhuma norma infraconstitucional que disciplinasse a respeito do mandado de segurança coletivo, muito menos o disciplinasse. Se não fosse pelo entendimento jurisprudencial e doutrinário quanto ao alcance da Lei 7.347/85, da Ação Civil Pública para todos os processos coletivos e também a imediata aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º, CF), teria vivenciado - por mais de 20 anos - uma omissão do legislador ordinário quanto à disciplina do writ coletivo. Mas, efetivamente que se pretende discutir no presente artigo e o dispositivo constitucional previsto no art. 5º, inciso LXX, alínea “a” e o art. 21, da Lei 12.016/2009.

1. Abordagem Histórica

Dentro de um aspecto histórico do Código Civil de 1916, do Código de Processo Civil de 1939 e de 1973, os conflitos eram resolvidos individualmente, dentro da tendência das garantias e proteções individuais. Neste sentido, antes da Constituição de 1988, o mandado de segurança seguia a mesma corrente, fazendo com que os direitos tutelados se limitassem a individuais e coletivos de natureza transindividuais, desde que esses direitos sejam líquidos e certos. Após muita controvérsia, haja vista que o tema dos direitos transindividuais e sua tutela jurisdicional ainda era muito recente no Brasil regido pela Constituição Federal de 1988, firmou-se tanto na doutrina como na jurisprudência o entendimento no sentido da possibilidade da tutela coletiva direitos. E dentro dela a tutela dos direitos difusos através do mandado de segurança coletivo. Nos primeiros anos de aplicação, muito se discutiu se o mandado de segurança coletivo deveria tutelar apenas direitos coletivos, direitos individuais homogêneos, ou se também deveria incluir proteção aos direitos difusos. A tese vencedora na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a época foi à tese que garantiu maior amplitude da tutela, alcançando, portanto, todos os direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos, *stricto sensu* e individuais homogêneos). Nesse

sentido, “...*expresso meu entendimento no sentido de que o mandado de segurança coletivo protege tanto os interesses coletivos e difusos, quanto os direitos subjetivos.*” (RE 181.438-1/SP, STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, RT 734/229)². Também neste sentido, o voto da Min. Ellen Gracie, no STF, Pleno, RE n. 196.184, j. Em 27.10.2004, *in literis*: Revista da Faculdade de Direito Milton Campos Nova Lima V. 29 p.11 -18 2014³.

2. Da possibilidade de trâmite de mandado de segurança coletivo e individual, da não existência de litispendência de um para outro instituto.

O dispositivo que está disposto no §1º do art. 22, mencionado a seguir, traz no seu bojo que o mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais. Todavia, este dispositivo já constava no “caput” do art. 104 do CDC, sendo que o mesmo era extraído da jurisprudência para estabilizar a sua aplicabilidade ao mandado de segurança coletivo, objetivando uniformizar as questões referentes às tutelas coletivas ou aos interesses transindividuais: Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva. Os mandados de Segurança individual e coletivo não são demandas idênticas e, por isso mesmo, não ensejam litispendência. Na demanda coletiva o autor é a entidade que age como substituto processual, em seu próprio nome, o que não se confunde com a pessoa que defende o seu direito, no “mandamus” individual. 3. Recurso provido. **(STJ – MAS 35712 DF 1997.01.00.035712-4, Rel.: ELIANA CALMON, DJ 13/04/1998, p.180).**⁴

PROCESSUAL CIVIL. IPESP. MANDADOS DE SEGURANÇA INDIVIDUAL E COLETIVO.

LITISPENDÊNCIA. INOCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL.

² RE 181.438-1/SP, STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, RT 734/229

³ Min. Ellen Gracie, no STF, Pleno, RE n. 196.184, j. Em 27.10.2004, *in literis*: Revista da Faculdade de Direito Milton Campos Nova Lima V. 29 p.11 -18 2014.

⁴ Min. Ellen Gracie, no STF, Pleno, RE n. 196.184, j. Em 27.10.2004, *in literis*: Revista da Faculdade de Direito Milton Campos Nova Lima V. 29 p.11 -18 2014

3. Diálogos das fontes

Antes de percorrermos o tema em discussão neste artigo, é de rigor abordar alguns pontos a respeito da coexistência e aplicação simultânea e coerente (diálogo) da Lei da Ação Civil Pública, do Código de Defesa do Consumidor e das previsões da Lei 12.016/09 quanto ao Mandado de Segurança Coletivo.

Cumpre ressaltar, que o diálogo aqui proposto nada mais é, segundo entendimento de Claudia Limas Marques (2009, pp. 87-88), do que:

A aplicação conjunta de duas ou mais normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação tratamento diferente dos diferentes, desde que isso não gere um alargamento, uma extensão sem limites para as pretensões trazidas para o judiciário, considerando que há barreiras processuais a serem seguidas.

Para a autora (2009, p. 91), três são os tipos de diálogos possíveis: a) o diálogo sistemático de coerência - onde na aplicação simultânea de duas leis, uma serve de base conceitual para a outra; b) o diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais – situação onde há aplicação coordenada das duas leis, uma complementando a aplicação da outra; e por fim, c) o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, caracterizada pela influência do sistema especial no geral e do geral no especial.

Na maioria dos casos, tais diálogos são deixados para o intérprete e aplicador da lei, entretanto, algumas vezes, a previsão é expressa pelo legislador ordinário, como ocorre entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, umbilicalmente conectados, quanto aos direitos e interesses coletivos lato sensu, pela previsão do art. 21 do primeiro diploma, devidamente introduzido pelo art. 117 da Lei consumerista.

Não distanciando desta existência entre os dois diplomas no que se refere aos direitos e interesses transindividuais, entendemos que ambas as leis constituem-se nos pilares estruturantes de todo o direito coletivo brasileiro, devendo as suas normas ser aplicadas em caráter complementar e subsidiário a disciplina do mandado de segurança coletivo, previstas nos arts. 21 e 22 da Lei nº. 12.016/09, ou seja, devemos partir da premissa de que sempre haverá aplicação complementar destas leis, tanto de suas normas quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou até mesmo, subsidiariamente.

Nesse sentido tem sido a posição da melhor doutrina, conforme podemos vislumbrar na seguinte passagem:

Quanto ao procedimento, o mandado de segurança Coletivo, segue as regras processuais previstas nas leis que regulamentam o mandado de segurança tradicional (v.g., LMS). Como se trata de ação coletiva, é aplicável aos mandados de segurança coletivo os preceitos processuais e procedimentais da parte processual do CDC e da LACP, com por exemplo, o regime da coisa julgada coletiva (CDC 103), pois as normas sobre coisa julgada individual, previstas no CPC 472, são insuficientes para solucionar os problemas do processo civil coletivo do mandado de segurança (NERY JR; NERY, 2006, p. 139) ⁵.

Logo, podemos entender que os arts. 21 e 22, trouxeram melhor clareza à falta de regulamentação pelo legislador infraconstitucional, ao genericamente disciplinar no art. 5º, inciso LXX, dar legitimidade aos partidos políticos, para impetração do *mandamus* em comento, sem contudo, especificar qual a extensão dos pedidos, é o que a lei infraconstitucional acima mencionada acabou por trazer.

Neste contexto, o trabalho aqui se limitará notadamente à impetração do writ mandamental coletivo, pelo legitimado partidos políticos, seguindo na esteira do art. 21, da Lei 12.016/2009, bem como o art. 5º, da inciso LXX, alínea “a”, da Carta Política.

4. Do conflito de normas: constitucional e infraconstitucional

A partir da entrada em vigor da Lei nº. 12.016, em 17 de agosto de 2009, os arts. 21 e 22, finalmente suprimiram esta lacuna normativa do nosso direito positivo, disciplinando, mesmo que singelamente, o *mandamus* coletivo de uma vez por todas.

O primeiro artigo que inaugura o instrumento coletivo em análise na Lei 12.016/09, em seu caput disciplina a legitimidade ativa para impetração do writ, assim dispondo: Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. (grifo nosso).

⁵ NERY JR., 2006, p. 139

Sendo assim, à legitimidade ativa dos partidos políticos, o texto constitucional estabeleceu a possibilidade de propositura do mandado de segurança coletivo desde que o partido tenha representação no Congresso Nacional, ou seja, exigindo-se somente a existência de, no mínimo, um parlamentar filiado, em qualquer das Casas Legislativas (Câmara dos Deputados ou Senado Federal), com a patente finalidade de fortalecimento da vida institucional do país, pela possibilidade dos partidos políticos defenderem em juízo os direitos dos brasileiros. Com o advento da Lei 12.016/09, o legislador ordinário restringiu a legitimidade ativa dos partidos políticos, estabelecendo em seu artigo 21 que “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária”. Em outras palavras, o texto legal trouxe clara restrição à utilização do mandado de segurança coletivo pelos partidos políticos, direcionando-o somente às duas hipóteses: (1) defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes; (2) defesa de seus interesses legítimos relativos à finalidade partidária. Muito embora aludida norma esteja em vigor desde 2009, os partidos ainda manejam ações de mandado de segurança coletiva, indistintamente, sem que a pretensão guarde algum interesse ligado à filiação partidária de seus filiados, que ao meu sentir, o alargamento interpretado no dispositivo constitucional, previsto no art.5º, LXX, alínea “a”, não tem lugar no nosso ordenamento jurídico, acarretando inclusive um malbaratamento do aludido, remédio. Com a postura do nosso legislador constituinte, ele deixou um vazio regulamentar, que foi sanado pela Lei infraconstitucional n. 12.016, de 2009, que trouxe notadamente no seu art. 21, a regulamentação que o legislador constitucional no trouxe naquele dispositivo.

5. Da ausência de inconstitucionalidade da Lei. 12.016/2009.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça Teori Albino ZAVASCKI aponta que o legislador no parágrafo único do artigo 21 da nova Lei, optou por uma classificação bipartite dos direitos suscetíveis de tutela do Mandado de Segurança Coletivo e os define: “os direitos individuais homogêneos (que são divisíveis e cujos titulares são pessoas individualmente determinadas) e os coletivos stricto sensu (que são indivisíveis e transindividuais, mas cujos titulares podem ser determinados por classes ou categorias de pessoas)”.

Desta forma, o legislador afastou a possibilidade de impetração da segurança coletiva de modo genérico ou em prol de direitos difusos e reforçou a idéia que o writ tutela os interesses legítimos, líquidos e certos dos integrantes da pessoa jurídica autora. Texto da nova Lei:

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há,

pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Portanto, não há que se falar em inconstitucionalidade da Lei infraconstitucional n. 12.016/2009, porque a mesma trouxe importantes avanços no tratamento infraconstitucional da ação mandamental, principalmente ao compilar e atualizar os artigos que antes estavam previstos em leis esparsas e muito anacrônica, em total desarmonia com a jurisprudência. Registre-se, a inovação da lei ao disciplinar o mandado de segurança coletivo, que até sua entrada em vigor previsto na legislação ordinária.

Nesse diapasão, o legislador infraconstitucional garantiu a máxima eficácia no art. 5º, LXIX e LXX da Carta Política, dos dispositivos da Lei n. 12.016, que devem ser interpretados de forma razoável com a dimensão constitucional do instituto, e cabe à jurisprudência trazer os contornos e as ponderações necessárias, para garantir o devido processo legal.

Se isso não bastasse, há inúmeras críticas ao legislador ordinário que impôs prazo decadencial para impetração do mandado de segurança, diga-se de passagem teve previsão no art. 18, da revogada lei 1.533/51 e agora no art. 23, da Lei 12.016/2009 e jamais foi decretada a inconstitucionalidade de aludidos dispositivos ou seja, mesmo sendo o mandado de segurança remédio constitucional e nos dispositivos não foi imposto qualquer prazo decadencial para impetração, inclusive mereceu séria crítica conforme leciona Zaiden Geraige Neto:

- “Ocorre que o mandado de segurança é uma ação constitucional, isto é, prevista e derivada da Constituição da República, notadamente, é, sendo assim, deve ser exercido e limitado à luz da Carta Política, notadamente nos incisos LXIX e LXX de seu art. 5º, vedando, dessa forma, ao legislador ordinário limitações ao pleno exercício do direito representado pelo writ, já que as normas procedimentais devem ser criadas em respeito aos princípios constitucionais..”GERAIGE NETO, Zaiden, 2003, p.61.

6 ZAVASCK, Teori albino, 2014, p.137.

Portanto, repise-se que se fosse fazer um juízo comparativo de disposto em tese inconstitucional, com certeza mereceria mais atenção do doutrinador acima mencionado, não um dispositivo notadamente como o art. 21, da Lei 12.016, que veio somente disciplinar, regulamentar um dispositivo que ao meu sentir ficou capenga.

6. Conclusão

Por tudo que foi discorrido neste texto, tenho a nítida impressão que respeitadas às posições em contrário o legislador infraconstitucional ao regulamentar, principalmente nos termos do art. 21, da Lei 12.016/2009, agindo com acerto portanto ao proceder à regulamentação, que alguns chama de restrição que o legislador constitucional não o fez, que por sua vez, deixou um vazio regulamentar, prevendo de forma genérica, nos termos do art. 5º, inciso LXX, alínea “a”, a extensão dos pedidos a serem realizados por partidos políticos. Na verdade, nesse diapasão penso que o legislador constitucional fracassou ao forçar o legislador infraconstitucional a regulamentar aludida omissão. Pontua-se que a discussão destaque certamente será objeto de deliberação pelo Supremo Tribunal Federal.

7. Referências

RE 181.438-1/SP, STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, RT 734/229.

Min. Ellen Gracie, no STF, Pleno, RE n. 196.184, j. Em 27.10.2004, in literis: Revista da Faculdade de Direito Milton Campos Nova Lima V. 29 p.11 -18 2014.

Min. Ellen Gracie, no STF, Pleno, RE n. 196.184, j. Em 27.10.2004, in literis: Revista. da Faculdade de Direito Milton Campos Nova Lima V. 29 p.11 -18 2014.

NERY JR; NERY, 2006, p. 139.

ZAVASCK, Teori Albino, 2014, p.137

GERAIGE NETO, Zaiden, 2003, p.61.

Submetido em 18.08.2017

Aprovado em 04.09.2017