

O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO E A NOVA LEI: ASPECTOS CRÍTICOS

Charles Andrade Froehlich*

Resumo: O presente artigo pretende analisar a tutela constitucional das liberdades do art. 5º, CF/88, especificamente o Mandado de Segurança Coletivo (art. 5º, LXX). Neste objetivo, partimos de um breve histórico do tema, destacando as origens do instituto e pontuamos o Mandado de Segurança Coletivo e as alterações legais e jurisprudenciais relativas a este *writ*. O foco principal do artigo é, então, a análise crítica da nova lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009), principalmente no que se refere à previsão dos direitos tutelados pelo Mandado de Segurança Coletivo e à possibilidade ou não do controle difuso de constitucionalidade nas suas decisões.

Palavras-chaves: Ações constitucionais. Direitos fundamentais. Controle difuso. *Habeas corpus*. Mandado de Segurança Coletivo.

Abstract: This article analyzes the constitutional protection of freedom of art. 5, CF/88, specifically Mandado de Segurança Coletivo (article 5º, LXX). In this aim we start from a short historical of theme, highlighting the origins of the institute, we stress the Mandado de Segurança Coletivo and legal and jurisprudencial changes relating to this writ. The main focus of the article is, then, the critical analisis of new law of Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009), especially as regards the rights protected by the Mandado de Segurança Coletivo and the possibility of judicial review in its decisions.

Key words: Constitutional lawsuit. Fundamental rights. Judicial review. *Habeas corpus*. Mandado de Segurança Coletivo.

* Professor do Departamento de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC); Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais e Mestre (UFSM). Advogado. E-mail: caf@unisc.br

1 Breve histórico sobre o mandado de segurança

Para falarmos do mandado de segurança coletivo, precisamos retornar ao instituto de origem, qual seja, o próprio mandado de segurança e, por sua vez, neste mesmo retrocesso, às “seguranças reais” e à “teoria brasileira do *habeas corpus*”.

A doutrina pátria tradicional, durante muito tempo, simpatizava em comparar o “nosso” mandado de segurança com o *juicio de amparo* do direito mexicano e o *writ of mandamus* do direito norte-americano. Em que pese as semelhanças, não se pode afirmar categoricamente que os institutos têm descendência direta.

Por outro lado, outros autores mencionam que as origens do mandado de segurança remontam a mesma origem dos **interditos** do direito romano, verdadeiras ordem de fazer ou não fazer algo, ou, mais recentemente, nas seguranças reais do direito imperial brasileiro e, por fim, no que se costumou chamar de “teoria brasileira do *habeas corpus*”.

Do direito alienígena, obviamente que conseguimos observar semelhanças entre o “nosso” mandado de segurança e aqueles outros institutos. De modo geral, o *juicio de amparo* é um instrumento processual-constitucional para efetivar as garantias individuais estabelecidas na Constituição, protegendo-as de atos abusivos, ilegais e inconstitucionais de autoridades. Numa visão panorâmica e rápida, pode-se compará-lo ao mandado de segurança pátrio. O problema são os detalhes e as peculiaridades de cada sistema e ordenamento. No Brasil, temos outras ações constitucionais de defesa de direitos fundamentais e não só o mandado de segurança. É de se perguntar: as outras ações constitucionais também se relacionam ou se assemelham ao *juicio*?

Outros institutos bastante mencionados são os *writs*. Aliás, estas principais ações constitucionais de defesa de direitos fundamentais, como o Mandado de Segurança (MS) e o *Habeas corpus* (HC), são seguidamente chamadas, no Brasil mesmo, de *writs*. Ocorre que no direito de língua inglesa temos vários tipos de *writs* e a citação e análise de todos foge aos objetivos e limites deste trabalho. Vamos mencionar somente o *writ of habeas corpus* e o *writ of mandamus*. Ora, *writ* significa, conforme o *Black's Law Dictionary*, “uma ordem escrita da corte, em nome de um estado ou outra autoridade legal competente, ordenando o destinatário a fazer ou evitar fazer algum ato específico”.¹

¹ GARNER, Bryan A. (editor). *Black's Law dictionary*. St. Paul: West, 2009, p. 1747. Neste mesmo dicionário, remetemos o leitor aos verbetes: *habeas corpus*, *injunction* e *mandamus*.

Assestando o olhar na idéia de *writ*, a referência mais antiga se salienta, a saber, os interditos do direito romano. As ordens emitidas pelo pretor para que alguém faça ou deixe fazer algo. Doutrina esta que foi reavivada recentemente, no Brasil, em face do crescimento da chamada “tutela específica das obrigações”, hospedada, entre outros, nos arts. 461 e 461-A, do CPC. Ovídio Baptista da Silva, por exemplo, afirma que

a denominação de processos interditaes, ou simplesmente interditaes, provém do direito romano. Como se sabe, o processo civil romano, ao lado das *actiones* – originariamente destinadas a tutelar pretensões nascidas do direito das obrigações – dispunha de um processo especial, de cunho predominantemente administrativo, chamado *interdictum*, por meio do qual se dava proteção a múltiplas e variadas situações jurídicas, especialmente às relações de direito público, incluindo a posse.²

A conceituação da tutela específica é ventilada também por Eduardo Talamini, ao fazer referência às origens romanas do instituto em tela:

Ao contrário da *iurisdictio* – poder específico e determinado – o *imperium* consistia em poder genérico e indefinido ou ‘poder geral da magistratura’ [...]. A diferença entre *iurisdictio* e *imperium* se torna mais evidente quando se trata de uma série de medidas especiais de tutela, entre elas os *interdicta*. Através do interdito, o pretor expedia ordem a pedido de um particular para que outro particular fizesse (interdito restitutivo) ou deixasse de fazer algo (interdito proibitivo).³

A referência à ordem/mandado é clara neste retrospecto. A questão é sabermos quem será o destinatário desta ordem/mandado? Se for qualquer particular, temos a história dos interditos que nos chega até hoje no título das ações possessórias ou na tutela específica mencionada acima. Se for autoridade pública, temos o ramo das ações que vão nos mostrar o *habeas corpus* e o mandado de segurança.

Esta evolução familiar afigura-se nítida quando observamos que o mandado de segurança brasileiro deriva das chamadas “seguranças reais” e, posteriormente, vinculou-se a dicção do *habeas corpus* da Constituição de 1891. Autores como Othon Sidou e, mais recentemente, Elpídio Donizetti tem resgatado as “seguranças reais” das Ordenações como antecedentes do mandado de segurança, por exemplo:

Historicamente, remontando ao velho direito português, a formação dos institutos de defesa dos direitos individuais não é unitária. As Ordenações, já o observamos, consagravam que o juiz daria segurança se alguém temesse de outro que o quisesse ofender na pessoa ou sem razão ocupar e tomar suas coisas. Seguravam-no com um

² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 1998. v. 1, p. 126.

³ TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria; a ação monitoria*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 46.

mandado, evidenciando que tanto os direitos pessoais quanto os corpóreos eram protegidos, o que é insofismável, e permitindo sofismar ser formalmente um só esse mandado, o que é improcedente. E assim porque era na forma das “cartas” – de segurança real, de seguro e tuitivas – que o direito objetivo se fazia impor.⁴

No mesmo sentido, em obra bem mais recente, Elpídio Donizetti resume este resgate, lembrando todas as origens mencionadas e, inclusive, fazendo referência a escolha do nome do *writ*, desta maneira:

No Brasil, entre as garantias constitucionalmente previstas para proteger os direitos individuais, encontra-se o mandado de segurança. Criação tipicamente brasileira, o mandado de segurança já teve suas raízes identificadas no instituto do *writ of mandamus* do Direito anglo-saxão ou no *judicio de amparo* mexicano. Conquanto não se possa, de fato, negar a similitude entre os institutos (todos eles concebidos como garantias em face do poder estatal), mais acertada parece a lição de Marcelo Caetano, para quem o mandado de segurança tem origem nas chamadas seguranças reais, previstas nas Ordenações Manoelinas e Filipinas. Tal forma de segurança tem inegável inspiração nos interditos romanos, vez que privilegiava a tutela específica e se prestava para evitar ou prevenir a ameaça aos direitos de alguém. Eduardo Talamini enumera as características das seguranças reais, as quais denotam a enorme semelhança com o nosso mandado de segurança. São elas: o caráter preventivo da medida; a sumariedade da cognição; a emissão de uma ordem; a incidência de sanções específicas e não pecuniárias. Não é por outra razão, aliás, que o remédio constitucional pátrio recebeu um nome tão parecido com as seguranças reais.⁵

Sabemos que a Constituição de 1824 silenciou sobre os institutos, mas a letra da Constituição de 1891 realmente não vinculava o *habeas corpus* a proteção somente da liberdade de locomoção como podemos observar: **“Declaração de Direitos – Art.72 § 22 Dar-se-á o habeas corpus, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”**.⁶ A restrição ocorreu, em termos constitucionais, nas emendas feitas na Constituição de 1891, em setembro de 1926.

Anteriormente, quem fez esta vinculação do *habeas corpus* e o direito de locomoção foi o Código do Processo Criminal do Império – Lei de 29 de novembro de 1832, *ipsis litteris*: “Da ordem de Habeas-Corpus. Art. 340. Todo o cidadão que entender, que elle ou outrem soffre uma prisão ou

⁴ SIDOU, J. M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular*. As garantias ativas dos direitos coletivos. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 125.

⁵ DONIZETTI, Elpídio. *Ações constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.

⁶ BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras: 1891*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 99 e 114.

constrangimento ilegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de Habeas-Corpus em seu favor”.⁷

A partir daí, aproximadamente entre a Constituição República e suas emendas no início do século XX, surgiu o que se chama “teoria brasileira do *habeas corpus*” ou “interpretação brasileira do *habeas corpus*”. A síntese do tormento era: deveria se ampliar o cabimento do *habeas corpus* para englobar situações de coação ilegal de autoridade que não fosse especificamente cerceamento de liberdade ou deveria ser criada uma nova ação?

Pontes de Miranda, outro clássico brasileiro, confirma este entendimento em sua obra *História e prática do habeas corpus*. Ao longo de toda a obra, Pontes de Miranda demonstra a origem comum do *habeas corpus* e mandado de segurança nas “Cartas de Seguro” das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.⁸

Historicamente, *habeas corpus* e mandado de segurança, com estes nomes e cabimentos que conhecemos, só foram conviver na Constituição de 1934:

Dos Direitos e das Garantias Individuais

Art 113 ...

23) Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não cabe o *habeas corpus*.

...

33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do 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 não prejudica as ações petições competentes.⁹

Desde então, salvo raras exceções limitadoras de direitos fundamentais, a história constitucional brasileira passou a contar com os referidos remédios constitucionais de renomada importância, aos quais agregaram-se outros para o enriquecimento da tutela constitucional das garantias.

⁷ In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm. Acesso em 19 de maio de 2011.

⁸ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p.117-118; 139-140 e 231.

⁹ POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras: 1934*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p.159 e 160.

2 O mandado de segurança coletivo: criação e nova lei – aspectos críticos

As ações constitucionais utilizadas como instrumentos processuais para a defesa de direitos fundamentais encontram guarida, em regra, no art. 5º do texto constitucional vigente, que dispõe dos “Direitos e Garantias Fundamentais”.

Neste artigo, encontramos o Mandado de Segurança (MS) individual e coletivo disposto no art. 5º, incisos LXIX e LXX, anteriormente regulamentado pela Lei 1.533/51, revogada recentemente pela Lei 12.016/09, a qual passou a regulamentar o instituto. O Mandado de Segurança serve para o indivíduo ou uma coletividade proteger-se de ilegalidade ou abuso de poder, ofensivo a direito fundamental (“direito líquido e certo”) praticado por autoridade pública coatora ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Importante lembrar que foi esta Constituição que criou o Mandado de Segurança Coletivo e que ambos, o individual e coletivo, possuem os mesmos requisitos de cabimento, só havendo diferença quanto à legitimidade ativa para a propositura do Mandado de Segurança Coletivo, definida no art. 5º, LXX, CF/88: desta forma:

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

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;

No sentido de lembrar e especificar, vamos pontuar alguns requisitos tradicionais do Mandado de Segurança trazidos pela lei e pela doutrina:

– **Requisitos Indispensáveis:** (a) determinação dos legitimados (impetrante x impetrado), principalmente a definição da autoridade pública coatora; (b) existência de “direito líquido e certo” ofendido ou ameaçado de lesão por ato daquela autoridade; (c) inexistência de impedimentos legais e sumulados conforme o art. 5º da Lei nº 12.016 de 7 de agosto de 2009 e Súmulas 101, 266, 267, 268, 269, 304, 429, 510 do STF, principalmente;¹⁰

¹⁰ Súmula n.º 101: “O mandado de segurança não substitui a ação popular”.

Súmula n.º 266: “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”.

– **Legitimado Passivo:** delimitação da autoridade pública coatora – é quem tem poderes para executar ou mandar executar a ordem que causou lesão a direito líquido e certo, porque é esta autoridade que mandará desfazer o ato. A novel lei reguladora do MS – Lei 12.016/09 – veio esclarecer ainda mais esta figura, principalmente no art. 6º § 3º, nos termos grifados:

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica 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.

§ 1º Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

Art. 6º (...)

§ 3º Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.

– “Direito Líquido e Certo”: conforme doutrina ventilada aos quatro ventos, o direito líquido e certo é aquele manifesto, delimitado, explícito na inicial, comprovado de plano (prova pré-constituída), já que não há instrução probatória no procedimento do MS.¹¹ Assim, “direito líquido e certo” é uma expressão genérica, utilizada muito mais por respeito histórico do que pela adequação,¹² que visa a abranger um grupo bastante amplo de direitos (não amparados por HC e HD), settjam eles direitos fundamentais, sejam direitos derivados de uma relação jurídica específica. Normalmente, constitui-se em prova escrita: p. ex., lei de efeitos concretos; portaria; certidão; edital; ordem

Súmula n.º 267: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

Súmula n.º 268: “Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado”.

Súmula n.º 269: “O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança”.

Súmula n.º 304: “Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria”.

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

Súmula n.º 510: “Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial”.

¹¹ Por todos: MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 34.

¹² Othon Sidou afirma que é “uma locução pobre, redundante e vaga”: SIDOU, J.M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular*. As garantias ativas dos direitos coletivos. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 142.

de aprovação em concurso; descumprimento de edital; decisão judicial sem recurso ou com recurso sem efeito suspensivo, etc.

– Quanto aos Impedimentos Legais e Sumulados: **(a)** art. 5º, I, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009: a lei quis evitar a **concomitância** do recurso administrativo (com efeito suspensivo) com o MS, porque se já houve cessação dos efeitos lesivos mediante o uso do recurso próprio, não cabe o MS; **(b)** art. 5º, II, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 e a Súmula 267, STF: “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”. Atualmente, sabe-se que a jurisprudência criou o seguinte entendimento: “cabe mandado de segurança contra ato judicial do qual não caiba recurso ou quando o recurso cabível não possui efeito suspensivo”. Além disso, pode-se dizer, também, que o mandado de segurança tem sido manejado contra a omissão ou demora na prestação jurisdicional (decisão judicial), p. ex., quando o recorrente está pleiteando antecipação da tutela mediante recurso de apelação, o qual está em tramitação; o mandado de segurança visa, nesse caso, a adiantar a análise da antecipação; **(c)** art. 5º, III, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 e a Súmula 268, STF: “Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado”. **(d)** Súmula 266, STF: “não cabe mandado de segurança contra lei em tese”. Deve-se entender “lei em tese” como lei abstrata, genérica, sem potencialidade lesiva direta ao direito líquido e certo. Nesse caso, não cabe mandado de segurança, visto que seria caso de controle de constitucionalidade abstrato. Diferentemente, cabe MS contra a dita “lei de efeitos concretos” (espécies normativas de efeitos concretos). Essas espécies normativas de efeitos concretos são capazes de atingir diretamente o direito individual ou coletivo das pessoas, tornando possível o cabimento do MS. Os exemplos mais comuns de espécies normativas dessa natureza, contra as quais já se admitiu o MS: lei alteradora do plano diretor de município; lei de criação/fusão de municípios; lei de desapropriação; nomeações; isenções tributárias;¹³ **(e)** destaque-se, também, o prazo decadencial de 120 dias para a impetração do MS, mantido no art.23 da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 e com constitucionalidade assegurada pelo STF na súmula 632;¹⁴

– Mandado de Segurança Coletivo: a CF/88 inovou criando um sistema de legitimidade extraordinária, mas o procedimento é o mesmo. A sentença, entretanto, terá os efeitos coletivos cabíveis, utilizando-se o art.103 do CDC (L.8078/90). Nelson Nery Júnior afirma: “O mandado de segurança coletivo

¹³ Por todos: MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 36-37.

¹⁴ Súmula 632, STF: “É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de segurança”.

não é instituto material novo, mas apenas nova forma de impetrar-se o mesmo e tradicional mandado de segurança, cujos requisitos para o ajuizamento estão na CF 5º, LXIX. O que é coletiva é a legitimação para agir pela via do mandado de segurança coletivo e não o direito que ele visa proteger”.¹⁵

Neste item, também, cabe lembrar algumas súmulas do STF sobre mandado de segurança coletivo, positivadas na nova legislação: Súmula 629, STF: “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes” e Súmula 630, STF: “A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interessa apenas a uma parte da respectiva categoria”. A Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, por sua vez, veio assinalar categoricamente estes entendimentos em seu artigo 21:

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.

Já em relação aos partidos políticos, a Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 trouxe um retrocesso em face dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais já existentes, a saber: o caput do art. 21 afirma 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”**. Observamos que a lei veio limitar onde a Constituição não limitou ou, ainda, veio exigir uma espécie de “pertinência temática” que não era exigida dos partidos políticos, nem em sede de controle de constitucionalidade. Pelo texto da nova lei, agora há claramente esta exigência. A doutrina já vem se manifestando contrariamente, como no excerto abaixo:

¹⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 1415.

No entanto, quando se fala em pertinência temática para os partidos políticos, a questão torna-se mais complexa, requerendo interpretação mais aprofundada. O art. 21 da nova lei dispõe 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”.

A redação dada pela Lei n 12.016/09 esvazia a utilização do mandado de segurança coletivo por partido político.

Como se vê, o artigo introduz restrição que não constava expressamente na Constituição da República, que ao tratar do mandado de segurança coletivo separou os legitimados em duas alíneas (alínea a para partido político com representação no Congresso Nacional e alínea b para organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano), reservando a expressão em defesa dos interesses de seus membros ou associados apenas aos legitimados da alínea b.

Para muitos, a redação do art. 21 veio extirpar as dúvidas existentes sobre a necessidade de pertinência temática para os partidos políticos, no que diz respeito aos requisitos de impetração de mandado de segurança coletivo. Todavia, para outros, a redação do art. 21, por estabelecer exigência não prevista na Constituição, não poderia prevalecer contra o texto da Carta Magna.¹⁶

Devemos lembrar, também, na esteira da citação acima, que o STF já se debateu com a presente questão, no RE 196.184-6/AM, relatado pela Min. Ellen Gracie e na ADI 1096, relatada pelo Min. Celso de Mello.¹⁷ Desta doutrina, colhemos o entendimento, em suma, de que: **a)** A CF separou os legitimados para propor o MSC em duas alíneas, não mencionando nenhum requisito específico para os partidos políticos (CF, art. 5º, LXX, alínea “a”:

¹⁶ DONIZETTI, Elpídio. Ações constitucionais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 38. Grifei.

¹⁷ Sobre estas decisões, cabe mencionar, em resumo, o seguinte: ADI 1096 (RS), Relator Min. Celso Mello, requerente: PSB e requerido: Governador do RS e Assembleia Legislativa do RS. DJ 22/09/95. EMENTA: ADI-Partido Político-Pertinência temática-Inexigibilidade-Legitimidade ativa ampla das agremiações partidárias no processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade (...). Os partidos políticos com representação no Congresso Nacional acham-se incluídos, para efeito da ativação da jurisdição constitucional concentrada do STF, no rol daqueles que possuem legislação ativa *universal*, gozando, em consequência, da *ampla* prerrogativa de impugnar *qualquer* ato normativo do Poder Público, independentemente de seu conteúdo material (...) Votação unânime. Já no RE 196.184-8 AM, de relatoria da Min. Ellen Gracie, apesar de, por maioria, ocorrer o entendimento de não autorização de partido político manejar MSC em defesa de interesses individuais para impugnar majoração de tributos, alguns ministros, como a própria relatora, entenderam que “a defesa da ordem constitucional pelos partidos políticos não pode ficar adstrita somente ao uso do controle abstrato de normas. A Carta de 1988 consagra uma série de direitos que exigem a atuação destas instituições, mesmo em sede de controle concreto. À agremiação partidária, não pode ser vedado o uso de MSC em hipóteses concretas em que estejam em risco, p.ex., o patrimônio histórico, cultural, ambiental de determinada sociedade” (DJ 18/02/2005).

“partido político com representação no Congresso Nacional”), ao contrário dos requisitos dispostos na alínea “b” em relação aos sindicatos e entidades (CF, art. 5º, LXX, alínea “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*”); **b)** os precedentes citados acima apontam para o entendimento de que os partidos políticos possuem legitimação ativa universal para propor as ações do controle concentrado de constitucionalidade, podendo zelar pela preservação da supremacia normativa da Carta Política, então, também a teriam para outras ações coletivas; **c)** os partidos políticos têm papel fundamental no Estado Democrático de Direito, para a defesa de direitos constitucionais, coletivos e difusos essenciais a este sistema (conforme art.17, CF), não podendo sofrer restrição indevida e desproporcional de lei infraconstitucional.

O reconhecido constitucionalista brasileiro Alexandre de Moraes compartilha do mesmo entendimento, questionando o teor do art. 21 da Lei 12.016/09 em sua obra de fôlego *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*:

Não nos parece a melhor solução; as refutamos, inclusive, inconstitucionais. Ora, se todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos desta Constituição (CF, art. 1º, parágrafo único), sendo indispensável para o exercício da capacidade eleitoral passiva (elegibilidade) o alistamento eleitoral (art. 14 § 3º, III), a razão da existência dos partidos políticos é a própria subsistência do Estado Democrático de Direito e da preservação dos direitos e garantias fundamentais (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 mandado 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.¹⁸

Outra restrição ou “lacuna” da Lei 12.016/09 diz respeito aos direitos coletivos tuteláveis pelo mandado de segurança coletivo, mantendo-se simplesmente os direitos coletivos e os individuais homogêneos (art. 21, parágrafo único, incisos I e II), não havendo menção aos “direitos difusos”, em mais uma clara restrição de constitucionalidade duvidosa. Ou melhor, em outras palavras, a lei mais uma vez restringiu em excesso, restringiu onde a Constituição não o fez. Além disso, a Lei 12.016 de 2009, quase 20 anos

¹⁸ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 366.

depois, regulou os direitos coletivos de maneira pior do que a Lei 8078 de 1990 (CDC), na qual foram primeiramente definidos.

Os processualistas Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. também resgatam toda a doutrina e jurisprudência anterior em defesa da aplicabilidade ampla do MSC em benefício de todos os direitos coletivos, em função da natureza desta ação que tutela direitos fundamentais, individuais ou coletivos, do modo amplo:

Qualquer restrição ao mandado de segurança deve ser compreendida como restrição a um direito fundamental e, como tal, deve ser justificada constitucionalmente.

O parágrafo único do art.21 da Lei n. 12.016/2009 restringe, porém, o objeto do mandado de segurança coletivo aos direitos coletivos em sentido estrito e aos direitos individuais homogêneos: (...).

A regra é flagrantemente inconstitucional.

Trata-se de violação do princípio da inafastabilidade (art. 5º, XXXV, CF/88), que garante que nenhuma afirmação de lesão ou de ameaça de lesão a direito será afastada da apreciação do Poder Judiciário. Esse princípio garante o direito ao processo jurisdicional, que deve ser adequado, efetivo, leal e com duração razoável. O direito ao processo adequado pressupõe o direito a um procedimento adequado, o que nos remete ao mandado de segurança, direito fundamental para a tutela de qualquer situação jurídica lesada ou ameaçada, que garante o direito. Afasta-se a possibilidade de o direito difuso ser tutelado por mandado de segurança, um excelente instrumento processual para a proteção de direitos ameaçados ou lesados por atos de poder.

Além disso, o texto normativo está em descompasso com a evolução da tutela coletiva no direito brasileiro, especialmente o mandado de segurança coletivo. Muito se discutiu nos primeiros anos de aplicação se o mandado de segurança coletivo deveria tutelar apenas direitos coletivos (interpretação literal), direitos individuais homogêneos (direitos acidentalmente coletivos) ou também direitos difusos. A tese vencedora na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal doutrina foi a que garantiu a maior amplitude da tutela, alcançando todos os direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos). (...)

Uma interpretação literal do art. 21 da Lei n. 12.016/2009 implicaria grave retrocesso social, com prejuízo a tutela constitucionalmente adequada (art. 5º, XXXV c/c art. 83 do CDC – princípio da atipicidade das ações coletivas). Cabe ao aplicador dar a interpretação conforme do texto normativo, para adequá-la ao microsistema da tutela coletiva e à Constituição Federal.¹⁹

O chamado ciclo “evolutivo” do sistema processual coletivo brasileiro dos últimos 20 anos no referente à criação/ampliação das ações coletivas –

¹⁹ DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. Mandado de segurança coletivo e os direitos difusos: Art. 21, par. ún., da Lei n. 12.016/2009. Interpretação conforme a Constituição Federal. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 10 out. 2009. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=13> Acesso em: 16 mai. 2011.

Ação civil pública (1985); Constituição Federal (1988); Código de Defesa do Consumidor (1990); expansão do controle concentrado de constitucionalidade (1993-1999) – sofreu um duro golpe legislativo que esvazia a palavra “evolução”.

2.1 O mandado de segurança coletivo e o controle difuso

Outro tema que pode ser rediscutido em face da Lei 12.016/09 é a possibilidade ou não de controle difuso ou incidental de constitucionalidade em sede de decisão na ação de mandado de segurança coletivo.²⁰ Tal afirmação deriva dos tópicos anteriores que, apesar de sacramentados na doutrina e jurisprudência, tiveram um verdadeiro retrocesso no texto legal. O tema ora em questão foi exaustivamente discutido em relação à ação civil pública. Nesta ação, como temos coisa julgada com efeitos *erga omnes* e *ultra partes* (art. 103 e incisos da Lei 8078/90), doutrina e jurisprudência eram inicialmente reticentes quanto à possibilidade de declaração incidental de inconstitucionalidade, afirmando que ocorreria usurpação indevida da competência do STF.

Com o amadurecimento da tutela coletiva no Brasil, passou-se a entender que não havia vedação ao controle difuso ou incidental em sentença com efeitos coletivos, visto que é um tipo de controle possível a qualquer órgão do Poder Judiciário e, principalmente, não ocorre usurpação da competência do STF porque estas decisões são sempre passíveis de recurso que, em tese e última instância, podem chegar ao próprio STF. O STF confirmou este entendimento na Reclamação 600/SP, de relatoria do Min. Néri da Silveira, julgada em 03/09/1997 (DJ 05/12/2003). Um trecho da ementa merece ser destacado:

7. Na ação civil pública, ora em julgamento, dá-se controle de constitucionalidade da Lei nº 8024/1990, por via difusa. Mesmo admitindo que a decisão em exame afasta a incidência de Lei que seria aplicável à hipótese concreta, por ferir direito adquirido e ato jurídico perfeito, certo está que o acórdão respectivo não fica imune ao controle do Supremo Tribunal Federal, desde logo, à vista do art. 102, III, letra b, da Lei Maior,

²⁰ A Lei 12.016/09 traz no Art. 22: No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

§ 1º 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.

§ 2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

eis que decisão definitiva de Corte local terá reconhecido a inconstitucionalidade de lei federal, ao dirimir determinado conflito de interesses. Manifesta-se, dessa maneira, a convivência dos dois sistemas de controle de constitucionalidade: a mesma lei federal ou estadual poderá ter declarada sua invalidade, quer, em abstrato, na via concentrada, originariamente, pelo STF (CF, art. 102, I, a), quer na via difusa, incidenter tantum, ao ensejo do desate de controvérsia, na defesa de direitos subjetivos de partes interessadas, afastando-se sua incidência no caso concreto em julgamento. **8. Nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, de lei ou ato normativo federal ou local.** 9. A eficácia erga omnes da decisão, na ação civil pública, ut art. 16, da Lei nº 7347/1997, não subtrai o julgado do controle das instâncias superiores, inclusive do STF. No caso concreto, por exemplo, já se interpôs recurso extraordinário, relativamente ao qual, em situações graves, é viável emprestar-se, ademais, efeito suspensivo.

O STJ também possui julgados nos quais já têm debatido o tema como, por exemplo:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 23.306 – AC (2006/0273228-4). PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE (SÚMULA 266/STF). INOCORRÊNCIA.

1. O SINDICATO DOS SERVIDORES DO PODER LEGISLATIVO DO ESTADO DO ACRE – SINDISPLAC impetrou mandado de segurança coletivo contra ato do Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Acre, consistente na cobrança da contribuição para a previdência social instituída pela Lei Complementar Estadual nº 08/05.

2. Em observância à Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal, é indubitoso que se considera descabido mandado de segurança impetrado contra lei em tese, ou seja, não se admite a utilização do *writ* constitucional na hipótese em que o autor não indica qualquer circunstância concreta que corresponda a uma lesão (ou ameaça) ao direito que se pretende resguardar.

3. No caso dos autos, a insurgência do sindicato recorrente não se direciona de maneira abstrata e isolada contra a Lei Complementar Estadual nº 08/05, pois há uma situação jurídica substancial e de contornos concretamente definidos, representada pelo efetivo desconto da contribuição social sobre proventos e pensões dos servidores ativos, inativos e pensionistas. Diante dessa materialidade, não há que se cogitar de impetração contra lei em tese.

5. A declaração de inconstitucionalidade não integra o pedido principal, revestindo-se da qualidade de matéria prejudicial a ser apreciada incidentalmente, o que, segundo pacífica jurisprudência desta Corte, não importa usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

6. Superados os óbices erigidos pela Corte de origem para extinguir o feito com base no enunciado da Súmula 266/STF, devem os autos retornar à origem para que se dê prosseguimento ao exame do mandado de segurança.

7. Recurso ordinário provido.

Com citação de precedentes:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE MANDAMUS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIVRE INICIATIVA E INCENTIVO À CULTURA. ARTS. 170 E 216 DA CF/88. INTERPRETAÇÃO. PROPORCIONALIDADE. OCORRÊNCIA. EXIGÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO. ART. 4º DA LEI N. 2.519/96. REVOGAÇÃO. LEI ESTADUAL N. 4.161/03. COISA JULGADA. IDENTIDADE DE AÇÕES. INEXISTÊNCIA.

1. Para apreciar o writ, o magistrado necessariamente examina o embase jurídico do ato praticado pela Administração Pública, a fim de, posteriormente, julgar a ocorrência ou não de violação do direito líquido e certo do particular. Em consequência, inexistente óbice para a declaração incidental de inconstitucionalidade da lei analisada, ainda que em ação mandamental. Precedentes.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – SERVIDORES APOSENTADOS – MANDADO DE SEGURANÇA – EFEITO DECLARATÓRIO – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL – POSSIBILIDADE.

1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC se o Tribunal a quo se manifesta sobre as questões ditas omissas.

2. Se o pronunciamento judicial ofertado mostra-se suficiente à composição da controvérsia, não se vislumbra ofensa ao art. 535 do CPC. Em nosso sistema processual, o juiz não está adstrito aos fundamentos legais apontados pelas partes, pois se exige, apenas, que a decisão seja fundamentada.

3. Mandado de segurança impetrado objetivando a declaração de inexistência de obrigatoriedade de desconto da contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria dos servidores do Estado da Bahia prevista na Lei 6.915/95, por considerá-la ilegal e inconstitucional.

4. É possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, em mandado de segurança, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal.

5. Não se conhece, em recurso especial, da tese cuja apreciação implica o reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido (REsp 743.178/BA, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 11.09.07).

Com base em doutrina e jurisprudência sedimentadas, como visto acima, podemos entender tranqüila a declaração incidental de inconstitucionalidade em decisão de Mandado de Segurança Coletivo, a não ser que, como a própria Lei regulamentadora, haja um retrocesso na análise do processo coletivo no Brasil.

Enfim, em uma breve conclusão: se, por um lado, deve-se aplaudir a atualização da regulamentação do Mandado de Segurança, na Lei 12.016/09 e a previsão de dispositivos acerca do Mandado de Segurança Coletivo; por outro, referida Lei manifesta verdadeiro retrocesso em relação à tutela coletiva, principalmente no que se refere à legitimidade dos partidos políticos e aos direitos tutelados em Mandado de Segurança Coletivo.

Referências

- BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras*: 1891. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Código de Processo Criminal do Império. In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm. Acesso em 19 de maio de 2011.
- DONIZETTI, Elpídio. *Ações constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. Mandado de segurança coletivo e os direitos difusos: Art. 21, par. ún., da Lei n. 12.016/2009. Interpretação conforme a Constituição Federal. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 10 out. 2009. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=13> Acesso em: 16 mai. 2011.
- GARNER, Bryan A. (editor). *Black's Law dictionary*. St. Paul: West, 2009.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.
- POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras*: 1934. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.
- SIDOU, J.M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular*. As garantias ativas dos direitos coletivos. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 1998. v.1.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria; a ação monitoria*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
- VITTA, Heraldo Garcia. *Mandado de Segurança*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.