MANDADO DE SEGURANÇA: DESISTÊNCIA DO MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL EM RAZÃO DA PENDÊNCIA DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Sylvera Salles de Santana Aragão*

RESUMO: A Lei 12.016/2009 regulamentou o mandado de segurança e introduziu algumas inovações no tratamento destinado ao *writ* coletivo. O presente trabalho objetiva fixar uma análise da obrigatoriedade de desistência do mandado de segurança individual em razão da pendência de mandado de segurança coletivo, a fim de assegurar os efeitos da coisa julgada da tutela coletiva ao impetrante a título individual, conforme regramento disposto no artigo 22, § 1º da lei em comento. Ocorre que essa desistência poderia redundar na perda do direito assegurado pelo *mandamus*, que não poderia ser renovado, tendo em vista a observância do prazo de cento e vinte dias previsto no artigo 23 da mesma lei. Dessa forma, busca-se abordar as consequências desta desistência frente à tutela dos direitos fundamentais, questionando a sua possível inconstitucionalidade. O mandado de segurança encontra previsão legal na Constituição Federal, no capítulo que trata dos direitos fundamentais e insere-se dentre os remédios constitucionais. Trata-se de relevante instrumento de garantia destes direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Mandado de Segurança. Coisa Julgada. Desistência, Inconstitucionalidade, Efeitos.

1. INTRODUÇÃO

O mandado de segurança é um dos remédios constitucionais, com previsão legal na Constituição Federal, incisos LXIX e LXX do art. 5º, capítulo que trata dos Direitos Fundamentais.

Segundo Alexandre de Moraes, (2011, p. 162): "O art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal consagrou novamente o mandado de segurança, introduzido no direito brasileiro na Constituição de 1934

* Bacharela em Direito graduada pela Faculdade de Sergipe – FASE; Pós-graduada no Curso de Especialização lato sensu em Direito Constitucional – Universidade Anhanguera – Uniderp.

e que não encontra instrumento absolutamente similar no direito estrangeiro".

A carta maior mantém a tradição das anteriores, destacando em capítulo autônomo, os direitos e garantias individuais e coletivos. Esta consagração é relevante em virtude da hierarquia das normas legais, uma vez que faz com que tais disposições se sobreponham, tanto ao legislador ordinário quanto ao administrador público. O dispositivo trata do âmbito de cabimento do *writ* constitucional e de alguns aspectos sobre a legitimidade.

Aduz Pedro Lenza (2011, p. 943) "o mandado de segurança, criação brasileira, é uma ação constitucional de natureza civil, qualquer que seja a natureza do ato impugnado, seja ele administrativo, seja ele jurisdicional, criminal, eleitoral, trabalhista, etc."

Este instituto visa assegurar aos legitimados de que um direito líquido e certo seja garantido, desde que a violação deste direito não possa ser combatida por *Habeas Corpus* ou *Habeas Datas*, caracterizando-se assim como ação residual. Dessa forma, este remédio constitucional não tutela todo o universo das liberdades públicas.

Segundo Vicente Grego (2010, p.12):

> Tendo a mesma origem do *habeas corpus*, constitui o mandado de segurança o meio mais eficaz para a correção da ilegalidade do representante do Poder Público contra o particular, nos casos não enquadráveis no *habeas corpus* ou *habeas data*. O *habeas corpus* tutela a liberdade de ir e vir, a liberdade física primária da pessoa ou a ameaça a ela; o *habeas data* tutela o direito às informações de caráter pessoal ou a sua retificação se incorretas, constantes de instituições de caráter público. O *habeas corpus* tem seu tratamento processual no Código de Processo Penal: o *habeas data* na Lei n. 9.507, de 12 de novembro de 1997.

A Constituição de 1988 inseriu no rol de garantias e Direitos Fundamentais o Mandado de Segurança Coletivo, que tem como escopo dar mais celeridade e efetividade à prestação jurisdicional, já que através da decisão atinge um número indeterminado de pessoas.

No ano de 2009 foi editada a Lei nº 12016, que regulamenta o mandado

de segurança individual e coletivo. Tal norma não modificou o tratamento destinado ao mandado de segurança individual, todavia no que concerne ao mandado de segurança coletivo apresentou algumas inovações, conforme se verifica quando da apreciação dos artigos 21 e 22 da retromencionada legislação.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O mandado de segurança foi introduzido no ordenamento pátrio por meio da Constituição de 1934. Até então, a Constituição de 1891 previa o instituto do *habeas corpus* para além de seus clássicos limites, sendo utilizado para defesa de qualquer direito violado em função de ilegalidade ou abuso de poder.

O *habeas corpus* voltou a ter sua abrangência limitada às questões referentes ao direito de locomoção no ano de 1926.

Em que pese a introdução do *writ* em estudo no texto constitucional de 1934, este foi suprimido na Carta Maior de 1937. Todavia, em 1946 voltou a ter previsão expressa, e, em 1951 foi regulado pela Lei 1533. Tal norma cuidou de regulamentar o mandado de segurança individual.

Acerca do remédio constitucional ora em comento preleciona Pedro Lenza (2011, p. 943):

> Restringindo o alcance da "teoria brasileira *do habeas corpus*" pela reforma constitucional de 1926, sob forte influência da doutrina e jurisprudência da época, que buscavam nas ações possessórias instrumentos para suprir a lacuna deixada pela aludida reforma, o mandado de segurança é constitucionalizado em 1934, sendo introduzido na Carta Maior e permanecendo nas posteriores, com exceção da de 1937.

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 5º, LXX, a possibilidade de impetração do mandado de segurança coletivo, o que, até então, não havia sido feito. Dessa forma, o ordenamento jurídico não previa expressamente a possibilidade de impetração deste *mandamus* na modalidade coletiva.

No que concerne às regras gerais, estas foram regulamentadas pela Lei nº 1533, de 31.12.1951, além de outros dispositivos. Todavia, na atualidade, estão dispostas na Lei nº 12.016, de 07.08.2009.

Preconiza Vicente Greco Filho (2010, p. 9):

> A Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, publicado no DOU de 10 do mesmo mês, disciplinou integralmente o processo do mandado de segurança individual, anteriormente regulado pela Lei nº 1.533/51, e o Mandado de Segurança Coletivo, em relação ao qual havia um vazio legislativo, que era integrado pela doutrina e jurisprudência, eis que existente e eficaz desde a Constituição de 1988.

A nova Lei consolidou as normas sobre mandado de segurança das Leis 1.533/51, 4.166/62, 4.348/64 e outras, regulando, pois, toda a matéria, de modo que, ainda que não constantes de revogação expressa, estão tacitamente revogados todos os dispositivos relativos ao Mandado de Segurança de outra legislação eventualmente existente.

3. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE MANDADO DE SEGURANÇA

O conceito do mandado de segurança é estabelecido no artigo 5º, inciso LXX, da Constituição Federal. O dispositivo trata do âmbito de cabimento do *writ* constitucional e delineia aspectos acerca da legitimidade.

Este instituto encontra previsão legal na Constituição Federal, no rol de direitos e garantias individuais, art. 5º, incisos LXIX e LXX:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> 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

Acerca do Mandado de Segurança, aduz Hely Lopes Meirelles (2007, p.25):

> Mandado de Segurança é 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 lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Preceitua Vicente Greco (2010, p.12):

> Apesar de ter embasamento constitucional, o mandado de segurança é uma ação e deve ser estudado dentro da teoria geral do processo. Trata-se de um pedido de atuação da jurisdição e, por conseguinte, classifica-se como ação e como processo. É certo que tem aspectos especiais que alteram as regras gerais, por exemplo, sobre legitimidade, mas tais disposições específicas não o retiram da categoria jurídica de ação. [...]. O mandado de segurança é uma ação e, portanto, deve ser estudado dentro da teoria geral do processo. Trata-se de um pedido de atuação da jurisdição e, por conseguinte, classifica-se como ação e como processo. Nesse sentido, tem pressupostos subjetivos e objetivos, sem dúvida,

> inclusive formais. Todavia, já se argumentou que a qualificação do instituto como ação limitaria o seu poder de tutela constitucional de liberdades públicas, de *writ* constitucional, e que estaria acima de qualquer categorização processual, mas essa colocação é, talvez, exagerada e pode ser conciliada da seguinte maneira; como ação, em princípio, devem ser respeitados os requisitos formais processuais, mas se as categorias processuais puderem, em tese, vir a aparentemente restringir a garantia constitucional, basta ao intérprete afastá-las, fazendo valer a predominância das normas constitucionais sobre a teoria do processo, de modo que o tratamento como ação pode continuar a ser feito porque enriquece o entendimento da figura, sabendo-se, porém, que não será óbice à efetividade da medida, se assim exigir a tutela constitucional.

Depreende-se do texto legal, que são requisitos do mandado de segurança: a ameaça ao direito líquido e certo; que a matéria não seja amparada por habeas corpus ou habeas data; a existência de um ato de ilegalidade ou mesmo de abuso de poder e que o ato tenha como autor autoridade pública ou agente, no exercício de atribuições próprias da Administração Pública.

Discorre Vicente Grego (2010, p. 14):

> Autoridade coatora, para fins de mandado de segurança, é aquela que por integração de sua vontade concretiza a lesão, a violação do direito individual. Não é, pois, autoridade coatora aquela que estabelece regras e ordena *in genere*, ainda que ilegalmente, nem aquela que executa o ato sem a integração de sua vontade.

O que se indica como critério, utilizado também por Hely Lopes Meirelles, na verificação da autoridade coatora é analisar se esta tem competência para desfazê-lo, índice que apontaria a participação de sua vontade no ato e, portanto, sua condição de autoridade coatora.

Por meio do mandado de segurança, busca-se a invalidação de atos de autoridade ou a supressão dos efeitos da omissão administrativa, causadores de lesão a direito líquido e certo, por ilegalidade ou abuso de poder.

Aduz Marcelo Novelino (2013, p. 588): "A expressão direito líquido e certo, a rigor, não está ligada ao direito em si, mas aos fatos que se pretende provar. Por essa razão, a concessão do mandado de segurança não fica inviabilizada quando houver controvérsia sobre matéria de direito.(Súmula 625/STF)."

Quando a ação for coletiva buscar-se-á, a preservação ou reparação de interesses transindividuais, individuais homogêneos ou coletivos.

Nesse sentido Pedro Lenza (2011 p. 948):

> O art. 21, parágrafo único, da Lei n. 12.016/2009, na linha do CDC, define: individuais homogêneos: assim entendidos, para efeitos desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade, ou de parte dos associados ou membros do impetrante; 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.

O direito líquido e certo é aquele que não necessita de prolação probatória. Esta expressão faz referência ao ato ilegal ou abusivo que pode ser demonstrado de plano, por meio de prova meramente documental. Havendo necessidade de cognição profunda esta ação mandamental não deverá ser utilizada.

Aduz Pedro Lenza (2011, p. 945):

> O direito líquido e certo é aquele que pode ser demonstrado de plano mediante prova pré-constituída, sem a necessidade de dilação probatória. Trata-se de direito manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração.

Importante lembrar a correção feita pela doutrina em relação à terminologia empregada pela Constituição, na medida em que todo direito, se existente, já é líquido e certo. Os fatos é que deverão ser líquidos e certos para o cabimento do *writ*.

Nessa quadra, o mandado de segurança segue um rito procedimental e documental. Exige-se, em regra, que o impetrante junte à inicial toda a prova que dispõe. Considera-se líquido e certo o direito possível de ser provado de plano, no ato da impetração, por meio de documentos, ou o que é reconhecido pela autoridade coatora dispensando, por conseguinte, dilação probatória.

A juntada de documentos após o ajuizamento da ação só é admitida excepcionalmente, como no caso de pedido de exibição incidental feito pelo impetrante (Lei 12.016/2009, art. 6º, § 1º) ou quando houver necessidade de juntar novos documentos, em razão das informações prestadas. Segundo entendimento sumulado pelo STF, "não há direito líquido e certo, amparado pelo mandado de segurança, quando se escuda em lei cujos efeitos foram anulados por outra, declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal" (Súmula 474/STF).

Impende salientar que não há possibilidade de impetração deste *writ* contra atos meramente normativos, contra a coisa julgada e contra os atos *interna corporis*. Destina-se a atacar o ato administrativo específico, mas por exceção ataca-se as leis e decretos de efeitos concretos, as deliberações legislativas e as decisões judiciais para as quais não exista recurso apto a impedir a lesão ao direito subjetivo do impetrante.

Levando-se em consideração o momento de impetração, este *writ* verificar-se-á de forma reparatória, quando impetrado para reparar uma lesão já evidenciada, ou poderá ocorrer na modalidade preventiva, se a finalidade é evitar uma lesão a direito líquido e certo, devendo para tanto a ameaça lesionadora ser grave, séria e objetiva.

Alexandre de Moraes (2011, p. 162-163):

> O mandado de segurança poderá ser repressivo de uma ilegalidade já cometida, ou preventivo quando o impetrante demonstrar justo receio de sofrer uma violação de direito líquido e certo por parte da autoridade impetrada. Neste caso, porém, sempre haverá a necessidade de comprovação de um ato ou uma omissão concreta que esteja pondo

> em risco o direito do impetrante, ou no dizer de Caio Tácito, "atos preparatórios ou indícios razoáveis, a tendência de praticar atos, ou omitir-se a fazê-lo, de tal forma que, a conservar-se esse propósito, a lesão de direito se torne efetiva".

Segundo Vicente Greco (2011, p 12):

> O mandado de segurança quando impetrado para a correção de ilegalidade ou abuso de poder já consumados denomina-se corretivo ou repressivo; porém, quando a ilegalidade encontra-se na fase de ameaça diz-se preventivo. Nesta fase, a da ameaça, para que exista o interesse processual para a impetração, há necessidade de que a situação seja de perigo concreto, determinado em face de alguém e imediato de lesão, não se justificando a ameaça remota, genérica e abstrata, como, por exemplo, a lei em tese, ainda que inconstitucional.

Conforme entendimento de Vicente Greco Filho, (2010, p.12): "A Lei repete o conceito e acrescenta a possibilidade, já consagrada, do mandado de segurança preventivo, quando a violação do direito encontra-se em fase de ameaça".

O mandado de segurança, quanto à modalidade, pode ser classificado em individual e coletivo e constitui importante recurso na defesa dos direitos fundamentais. O marco diferenciador entre os dois institutos reside no objeto e na legitimação ativa. Ademais, tudo que se relaciona ao *mandamus* individual é adotado para a modalidade coletiva.

4. LEGITIMIDADE

A legitimidade ativa do mandado de segurança individual será de qualquer pessoa física ou jurídica. No tocante às pessoas físicas, têm legitimidade brasileiros e estrangeiros. Em que pese a redação do caput do art. 5º indicar apenas a legitimidade dos brasileiros e estrangeiros residentes do país, o STF orienta no sentido de que a condição jurídica de estrangeiros que não possuam domicílio no Brasil não impossibilita o acesso aos instrumentos processuais de tutela da liberdade, nem subtrai

o Poder Público do dever de respeitar as prerrogativas de ordem jurídica e as garantias de índole constitucional, que o ordenamento positivo assegura a qualquer pessoa.

No que se refere às pessoas jurídicas, a impetração poderá ser feita tanto pelas pessoas jurídicas de direito privado, quanto de direito público.

Segundo Novelino (2013, p.586):

> Ainda que em sua concepção original, os direitos e garantias individuais tenham sido pensados para proteger os indivíduos dos poderes públicos, é incompatível com o atual paradigma de Estado Constitucional Democrático qualquer exercício abusivo de autoridade em matéria de limitação ou supressão de direitos, motivo pelo qual devem ser asseguradas às próprias pessoas jurídicas de direito público certos direitos fundamentais, em particular, os de natureza procedimental. Essa visão do tema também encontra apoio na jurisprudência do STF, que, inclusive, já sumulou entendimento sobre a competência da justiça federal para "processar e julgar as causas entre autarquias federais e entidades públicas locais, inclusive mandados de segurança. (Súmula 511/ STF)

Assevera Hely Lopes (2007, p. 25-,26):

> Não só as pessoas físicas e jurídicas podem utilizar-se e ser passíveis de mandado de segurança, como também os órgãos públicos despersonalizados, mas dotados de capacidade processual. (...) Respondem também em mandado de segurança as autoridades judiciárias quando pratiquem atos administrativos ou profiram decisões judiciais que lesem direito individual ou coletivo, líquido e certo, do impetrante.

O dispositivo legal apenas menciona as pessoas físicas e jurídicas, porém a legitimidade ativa também se estende às pessoas formais,

tais como espólio, massa falida e condomínio, além dos entes despersonalizados.

No que concerne à legitimidade passiva, a doutrina divergia sobre quem seria a parte legítima para configurar no polo passivo. Tal impasse foi dirimido com a edição da lei do mandado de segurança, já que este diploma legal passou a exigir a indicação tanto da autoridade coatora como da pessoa jurídica a que ela está vinculada.

Sobre a legitimidade passiva pondera Pedro Lenza (2011, p. 946):

> Nos termos do art. 1º, §1º, do referido ato normativo, equiparam-se às autoridades, 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.
> A lei deixa claro, em seu art. 1º, §2º, que não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

Conforme o art. 6º, § 3º, da Lei n. 12.016/2009: "Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática" .

Atinente aos que se encontram na condição de superior hierárquico dispõe a súmula do STF – RMS 26.211, voto do rel. Min. Luiz Fux (27.09.2011):

> Mesmo após a edição da Lei 12.016/2009, Lei do Mandado de Segurança, aquele que, na condição de superior hierárquico, não pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução de um ato não poderá figurar como autoridade coatora. Caso contrário, o presidente da República seria autoridade coatora em todos os mandados de segurança impetrados contra ações ou omissões danosas verificadas no âmbito federal.

Ainda, conforme o referido ato normativo, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, além dos dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público equiparam-se às autoridades. Todavia, deve-se observar que tal equiparação refere-se somente ao que for concernente a tais atribuições.

Discorre Vicente Grego (2010, p. 14):

> Autoridade coatora, para fins de mandado de segurança, é aquela que por integração de sua vontade concretiza a lesão, a violação do direito individual. Não, é pois, autoridade coatora aquela que estabelece regras e ordena *in genere*, ainda que ilegalmente, nem aquela que executa o ato sem a integração de sua vontade.

Já no que se refere ao mandado coletivo, a legitimidade ativa encontra-se traçada no art. 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.

A legitimidade ativa também recebe tratamento legal no artigo 21 da Lei 12016/2009:

> 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.

Em relação aos partidos políticos, verifica-se a exigência de dois requisitos: necessidade de pelo menos um representante na Câmara ou Senado, além da impetração se dar na defesa de seus interesses legítimos, relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária.

O requisito da defesa dos interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária tem sido alvo de divergência.

Neste sentido aduz Marcelino Novelino (2013, p. 593):

> [...]A interpretação de que a lei, ao estabelecer este novo requisito, estaria exigindo a demonstração de pertinência temática em relação a interesses do próprio partido ou de se seus filiados, esvaziaria completamente o dispositivo constitucional (CF, art. 5º, LXX, a) e o tornaria sem sentido, uma vez que os partidos políticos possuem a estrutura administrativa de associação e, portanto, enquadram-se na previsão genérica da alínea b. Se fosse para exigir a impetração apenas na defesa de seus interesses e de seus membros, por que o constituinte originário criaria dois dispositivos (alíneas a e b) distintos?
>
> A interpretação restritiva dos interesses legítimos relativos à finalidade partidária, a nosso ver, torna a intervenção legislativa inconstitucional. Uma interpretação à luz da Constituição exige que a expressão "finalidade partidária" seja compreendida de forma ampla, como sendo o objetivo dos partidos políticos em geral. Nos termos da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, estes se destinam a "assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal" (Lei 9.096/1995, art.1º). A legitimidade do partido político, portanto, não pode ser interpretada

> como sendo restrita apenas aos interesses de seus membros ou do próprio partido.

No que concerne à exigência de que o partido político tenha, pelo menos, um representante no Congresso Nacional, a futura perda desta representação não acarretará a perda superveniente de legitimação.

Impende trazer a lume entendimento de Marcelo Novelino quanto a este tema. Aduz o doutrinador que, caso o partido político não tenha representante no Congresso Nacional, porém, esteja legalmente constituído e em funcionamento há pelo menos um ano, poderá o *writ* ser impetrado na condição de associação.

A organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, um ano, conforme se verifica em lei, também possui legitimidade para impetrar o mandado de segurança. No que concerne a estes legitimados, convém indicar que a lei inovou em relação à Constituição no sentido da defesa dos interesses da totalidade, ou de parte dos integrantes, em relação aos interesses pertinentes à finalidade do legitimado e à dispensa de autorização especial.

É imperioso apresentar entendimento jurisprudencial atinente ao requisito de um ano de constituição e funcionamento. O STF tem decisões no sentido de exigir tal requisito tanto pelas associações como pelas entidades de classe, sendo dispensado apenas em relação aos sindicatos.

Conforme a Súmula STF – RE 198.919, rel. Min. Gilmar Galvão (15.06.1999): "Legitimidade do sindicato para a impetração de mandado de segurança coletivo independentemente da comprovação de um ano de constituição e funcionamento".

Entretanto, parte da doutrina entende que o requisito de um ano deve ser exigido tão somente em relação às associações, não devendo ser aplicado ao sindicatos e entidades de classe.

5. MANDADO DE SEGURANÇA: DESISTÊNCIA DO MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL EM RAZÃO DA PENDÊNCIA DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

O art. 472 do CPC estabelece que a coisa julgada vincula as partes, não atingindo terceiros, que não serão beneficiados ou prejudicados.

Ou seja, ocorre a eficácia *inter partes* da coisa julgada. Esta é a regra no sistema processual, ao menos no tocante à tutela individual.

De outro modo, no que diz respeito à tutela coletiva, a regra da coisa julgada *inter partes* não se repete. De acordo com Gajardoni: "O regime da coisa julgada no processo coletivo, entretanto, é absolutamente diverso do previsto para o processo individual"

Aduz Daniel Assumpção (2013, p. 544):

> (...) O tema é versado no art. 103 do CDC e varia conforme a espécie do direito coletivo *lato sensu* que compõe o objeto do processo. Nos direitos difusos a coisa julgada se opera *erga omnes* (perante toda a coletividade), em razão da indeterminação e indeterminalidade dos titulares do direito (inciso I). Nos direitos coletivos a coisa julgada é formada *ultra partes* (vincula pessoas que não participa do processo como partes), atingindo somente os sujeitos que compõem um grupo, classe ou categoria de pessoas (inciso II). Nos direitos individuais homogêneos a coisa julgada é formada *ultra partes*, porque só atinge os titulares do direito individual cujo somatório forma os direitos individuais homogêneos. Apesar disso, o art. 103, III, do CDC, prevê que a coisa julgada nesse caso se opera *erga omnes*, o que parece equivocado, mas não gera consequências jurídicas, considerando que os sujeitos que não são titulares do direito individual homogêneo são terceiros desinteressados, que, apesar de não suportarem a coisa julgada, não têm legitimidade para discuti-la e afastá-la em juízo.

Por outro lado, Ronaldo Lima dos Santos:

> Entre as diversas ressignificações de institutos processuais, o microssistema das ações coletivas concedeu um novo regime à coisa julgada, afastando-a da tradicional regra do artigo 472 do Código de Processo Civil, reconfigurando-a para adaptá-la às peculiaridades dos conflitos de massa"

> A principal característica da coisa julgada coletiva consiste no fato de que ela "não respeita os limites subjetivos traçados pelo art. 472 do CPC, tanto entre os legitimados para demandar a tutela dos interesses transindividuais como em face das pessoas individualmente lesadas.[...]

De acordo com sistema tradicional da coisa julgada, esta se opera com a resolução do mérito, não importando qual o resultado obtido no caso concreto, ou seja, *pro et contra*. Todavia, convém indicar que a coisa julgada no processo coletivo se realiza: *secundum eventum litis*, em que nem toda sentença de mérito faz coisa julgada material, dependendo para tanto do resultado concreto da sentença definitiva transitada em julgado; *secundum eventum probationis* em que a improcedência por falta de provas não impede a repropositura da ação coletiva mediante a indicação de prova nova, inclusive pelo próprio autor da sentença desacolhida; e a coisa julgada *in utilibus* onde diversamente do processo individual, os efeitos da sentença proferida na sentença no processo coletivo, como regra, só se prestam a beneficiar o indivíduo, nunca o prejudicando.

Preceitua, ainda, Daniel Assumpção (2013, p. 560):

> Segundo previsão do art.103, §1º do CDC, os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II do mesmo dispositivo legal não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, classe ou categoria, em regra também aplicável ao inciso III. Significa dizer que, decorrendo de uma mesma situação fática jurídica consequências no plano do direito coletivo e individual e sendo julgado improcedente o pedido formulado em demanda coletiva, independentemente da fundamentação – os indivíduos não estarão vinculados a esse resultado, podendo ingressar livremente com suas ações individuais. A única sentença que os vincula é de procedência, porque essa naturalmente os beneficia, permitindo-se que o indivíduo se valha dessa sentença coletiva, liquidando-a no foro do

> seu domicílio e posteriormente executando-a, o que o dispensará do processo de conhecimento. A doutrina fala em coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus*, porque somente a decisão que seja útil ao indivíduo será capaz de vinculá-lo a sua coisa julgada material.

Assim, havendo a procedência da ação coletiva os interessados poderão individualmente liquidar a sentença. Por outro lado, caso ocorra a improcedência da ação coletiva, não há impedimento que obste os indivíduos de ajuizarem suas ações individuais relacionadas aos mesmos fatos, pois o legislador buscou salvaguardar os interesses particulares de uma eventual e desastrosa investida do autor coletivo.

Nesse sentido, o Código de Direito do Consumidor, em seu artigo 104, dispõe de regra para que o interessado se exclua da jurisdição coletiva, ou seja, para que o interessado se beneficie da coisa julgada coletiva, caso tenha ação individual correspondente ajuizada ao tempo da ação coletiva. Tal dispositivo estabelece que os efeitos da coisa julgada coletiva não beneficiarão o indivíduo, que tiver proposto a sua ação individual, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva:

> Art. 104 do CDC: As ações coletivas previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Assim, percebemos que caso ocorra a pendência dos *writs* individual e coletivo correspondentes, o impetrante apenas terá o benefício da decisão proferida no *mandamus* coletivo, caso haja solicitado a suspensão do seu processo individual, devendo para tanto requerê-la no prazo de trinta dias a contar do efetivo conhecimento da existência do processo. Dessa forma, optando-se pelo prosseguimento do processo individual, importará a exclusão do autor dos efeitos da sentença coletiva.

Aduz Didier e Zanetti Jr.:

> [...] Para tanto, é preciso que o indivíduo tenha optado pela continuação do seu processo individual, a despeito da existência do processo coletivo. Essa opção, porém, somente poderá ser válida, se lhe foi garantida a ciência inequívoca da existência do processo coletivo. [...] Trata-se de pressuposto para o exercício regular, pelo indivíduo do *right to opt out*, ou o direito de optar por ser excluído da abrangência da decisão coletiva.

A Lei 12.016/2009, ao disciplinar a coisa julgada no mandado de segurança coletivo, procede de modo diferente ao costumeiramente adotado nas ações coletivas, conforme o acima delineado. O novo modelo, ao tratar da relação entre as demandas individuais e coletivas, substitui a suspensão pela desistência.

Preceitua o art. 22, § 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.

Parte da doutrina questiona a possibilidade de inconstitucionalidade no que pertine à obrigatoriedade da desistência do *writ* individual quando da ocorrência da impetração do mandado coletivo, uma vez que tal evento promoveria o cerceamento de direito fundamental do indivíduo em pleitear o seu direito, em virtude do transcurso do prazo de cento e vinte dias, elencado no art.23.

Neste sentido, preconizam Didier e Zaneti Jr.:

> O § 1º do art. 22 da Lei 12.016/2009 foge à regra geral do microssistema: o indivíduo deverá desistir do mandado de segurança individual, em vez de

> pedir a suspensão do processo. A regra é estranha e pode revelar-se inconstitucional se, no caso concreto, a desistência implicar a perda do direito fundamental ao mandado de segurança, que deve ser exercitado em cento e vinte dias (art. 23 da Lei n. 12.016/2009). Seria restrição irrazoável ao direito fundamental ao mandado de segurança.

José Miguel e Fábio Caldas discorrem sobre o tema. Entendem os doutrinadores que a exigência é absurda e cria obstáculo à utilização do *writ :*

> Segundo nosso entendimento, a regra disposta no § 1º do art. 22 da Lei 12.016/2009 não condiz com a magnitude constitucional do mandado de segurança. No caso, o direito individual à segurança, embora garantia constitucional expressa, acaba merecendo tratamento desigual, para pior, se contrastado com a disciplina procedimental relativa a outras ações coletivas.

Posicionamento similar também foi adotado por Gregório Assagra de Almeida (2011, 466):

> Com todo respeito, entende-se que o legislador foi infeliz ao impor ao impetrante individual a formulação de requerimento de desistência. É mais adequada a disciplina prevista no art. 104 do CDC, que impõe ao autor individual o ônus de formular requerimento de suspensão da sua ação individual: "As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a quem aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.
> Os dois sistemas devem conviver harmonicamente.

> Por outro lado, o art. 104 do CDC, é norma geral com carga de eficácia potencializada (art. 21 da LACP). Assim, com base na doutrina do diálogo das fontes, é mais razoável que o impetrante opte entre requerer a desistência da impetração individual ou requerer a simples suspensão do seu mandado de segurança individual. Essa segunda opção prestigia o máximo aproveitamento dos atos processuais e evita a extinção do processo individual sem que o impetrante tenha segurança de que não irá ter de novamente propor a mesma demanda.

A regra da ausência de litispendência entre o mandado de segurança coletivo e o mandado de segurança individual já se verificava no artigo 104 do Código de Direito do Consumidor e assegura um maior e mais amplo acesso à justiça, tanto no âmbito coletivo como no individual.

Por outro lado, a disposição elencada no precitado artigo, no que pertine à exigência de que o impetrante desista do *writ* individual no prazo de trinta dias, a contar da comprovada ciência da impetração do writ coletivo, com finco a beneficiar-se da tutela coletiva, parece dissociar-se do modelo consagrado no ordenamento pátrio e confronta-se com o modelo constitucional estabelecido no direito processual civil.

Cássio Scarpinella critica o modelo apresentado, nos seguintes termos (2010, p. 178):

> [...] exigir que o impetrante individual, para se beneficiar da decisão proferida em sede coletiva, desista de seu mandado de segurança no prazo de trinta dias a contar da comprovada ciência da impetração do mandado de segurança em sua forma coletiva, além de atritar com o modelo que vem sendo consagrado (e festejado) no direito brasileiro, é medida que atrita, a olhos vistos, com o "modelo constitucional do direito processual civil".
>
> É imaginar que a situação em que uma associação de classe tenha impetrado mandado de segurança coletivo para questionar o mesmo ato (ou omissão) que já é objeto de diversos mandados de segurança

> individuais. Os impetrantes, individualmente considerados, desistem de seus mandados de segurança. Oportunamente, pelas mais variadas razões, processuais e materiais, o mandado de segurança coletivo é julgado em sentido contrário à pretensão do legitimado ativo. Pela letra da nova lei, todos os impetrantes individuais estarão irremediavelmente sujeitos àquela decisão, mesmo que contrária a seus interesses, porque, para (tentar) se beneficiar de seus efeitos, foram obrigados a desistir de suas próprias impetrações.

Aduz Gajardoni (2009, p.114):

> Assim, a partir da opção do autor da impetração individual e do resultado do mandado de segurança coletivo, diversos quadros podem ser imaginados:
>
> a) Caso haja desistência da impetração individual e a ação coletiva correspondente venha a ser acolhida, o indivíduo simplesmente se habilitará a bem da liquidação/execução da sentença coletiva, de modo que é possível afirmar que é mantido o regime da coisa julgada *in utilibus* no mandado de segurança coletivo;
> b) Caso haja desistência da impetração individual e a impetração coletiva correspondente venha a ser desacolhida, nada impediria que o indivíduo que não participou como assistente litisconsorcial da impetração (art. 91 do CDC) – que não pode ser prejudicado pela coisa julgada coletiva negativa (transporte *in utilibus*) impetrasse novamente o mandado de segurança individual, entretanto, como o prazo para a impetração é exíguo (120 dias) e tem natureza decadencial (art. 23 da Lei 12.016/2009) – não se interrompendo ou se suspendendo pelo curso da ação coletiva – só restara ao interessado o ajuizamento de ação cognitiva de procedimento comum para a tutela do seu interesse;
> c) Caso o interessado, entretanto, opte por não

> desistir da sua impetração individual na pendência do mandado de segurança coletivo (e a lei lhe faculta isto), não haverá a mínima possibilidade de se beneficiar do que nele restar decidido, uma vez que o sistema preferiu a coisa julgada individual à coletiva.

Depreende-se que a discussão suscitada no mundo jurídico gira em torno da constitucionalidade ou não da obrigatoriedade do pedido de desistência na ação individual do mandado de segurança. Convém destacar que existe uma tendência jurisprudencial no sentido de considerar que o mais adequado é a suspensão do processo individual, como prevê a regra geral do microssistema.

6. CONCLUSÃO

A Carta Magna, atendendo a noção de Estado Constitucional Democrático, não apenas reconheceu formalmente os direitos fundamentais, como também consagrou instrumentos com finco na sua efetiva proteção, a exemplo do mandado de segurança, o qual ora analisamos. Trata-se de instrumento reconhecidamente importante na tutela dos direitos fundamentais.

O mandado de segurança foi consagrado no art. 5º, inciso LXIX e LXX, da Constituição Federal. Importa em meio constitucional conferido aos interessados para que se defendam de atos ilegais ou praticados com abuso de poder, sendo instrumento de liberdade civil e liberdade política.

A Lei 12.016/2009, que disciplina o *writ*, dispõe em seu art. 21, § 1º que para o interessado beneficiar-se da tutela coletiva, caso haja sido impetrado o *mandamus* na modalidade individual, deverá solicitar a desistência da ação.

Ocorre que a desistência do mandado de segurança, em que pese não implicar decisão de mérito, pode resultar na perda do direito fundamental à referida ação, já que não poderia ser reproposto, após eventual improcedência do *mandamus* coletivo, uma vez que há necessidade da observância do prazo de cento e vinte dias, previsto no art.23 da Lei 12.016/2009. Ou seja, a regra será a perda da oportunidade de discussão do direito individual por mandado de segurança.

Há uma tendência no sentido de inutilização do referido dispositivo e que a jurisprudência considere que o mais adequado é a suspensão do processo individual, conforme a regra geral do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor.

Desta forma, conforme a doutrina do diálogo das fontes, é mais razoável que o impetrante opte entre requerer a desistência da impetração individual ou requerer a simples suspensão do seu mandado de segurança individual, para que seja evitada a extinção do processo individual, sem que o impetrante tenha segurança de que não irá ter que novamente propor a mesma demanda. Nestes termos defende grande parte da doutrina e jurisprudência.

WRIT OF SAFETY: RESIGNATION OF WARRANT PERSONAL SAFETY BY REASON OF WAITING FOR WRIT OF COLLECTIVE SECURITY

ABSTRACT: The Law regulates the 12.016/2009 mandamus and introduced some innovations in the treatment intended for collective writ. This paper aims to establish an analysis of compulsory withdrawal from the injunction individual because of pending collective writ of mandamus, to ensure the effects of res judicata of collective protection to plaintiff individually, as regulation in article 22 , § 1 of the law under discussion. Withdrawal occurs that could result in the loss of the right secured by mandamus, which could not be renewed, in order to meet the deadline one hundred and twenty days specified in Article 23 of the same law. Thus, we seek to address the consequences of withdrawal across the protection of fundamental rights, questioning its possible unconstitutionality. The writ of mandamus is a legal provision in the Federal Constitution, in the chapter on fundamental rights and falls among constitutional remedies. It is relevant instrument guaranteeing these rights.

KEYWORDS: Injunction. Res judicata. Withdrawal. Unconstitutionality. Effects.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. RT Legislação.

ARAUJO, Luis Alberto David; JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de direito constitucional*. 9ª Edição – São Paulo – Ed. Saraiva, 2005.
MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo*: comentários à Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009.
MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. Ação Popular. Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Mandado de segurança*: introdução e comentários à Lei 12.106, de 7.8.2009 (artigo por artigo) com indicação do PLS n. 222/2010/ Gregório Assagra de Almeida, Mirna Cianci, Rita Quartieri. – São Paulo: Saraiva, 2011.
GAJARDONI, Fernando da Fonseca; da Silva, Márcio Henrique Mendes da Silva; Ferreira, Olavo A. Viana Alves Ferreira. *Comentários à nova lei de mandado de segurança*: (Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009). Rio de Janeiro; Forense: São Paulo: MÉTODO, 2009.
BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. Ed São Paulo: Atlas, 2011.
LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.