

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GUILHERME BLITZKOW SCUCATO DOS SANTOS

A TUTELA DE DIREITOS DIFUSOS ATRAVÉS DO MANDADO DE SEGURANÇA
COLETIVO

CURITIBA

2013

GUILHERME BLITZKOW SCUCATO DOS SANTOS

A TUTELA DE DIREITOS DIFUSOS ATRAVÉS DO MANDADO DE SEGURANÇA
COLETIVO

Trabalho apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Elton Venturi

CURITIBA

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

GUILHERME BLITZKOW SCUCATO DOS SANTOS

A TUTELA DE DIREITOS DIFUSOS ATRAVÉS DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

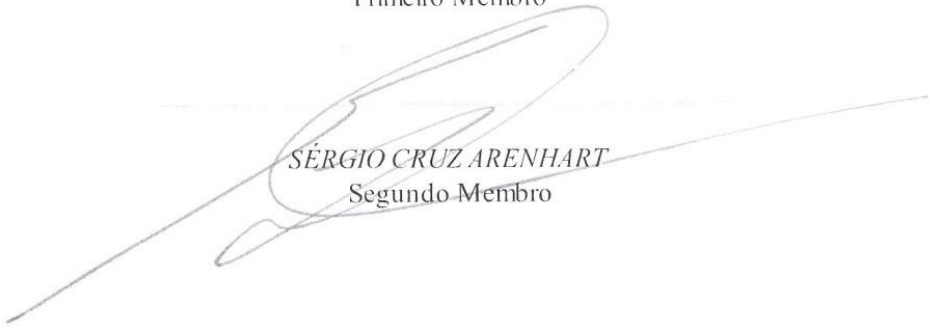


ETON VENTURI
Orientador

Coorientador



CLAYTON MARANHÃO - *Direito Civil e
Processual Civil*
Primeiro Membro



SÉRGIO CRUZ ARENHART
Segundo Membro

Aos pais.

RESUMO

O presente trabalho se destina analisar o mandado de segurança coletivo a partir da Constituição e da Lei 12.016/2009, com ênfase no seu objeto. O mandado de segurança coletivo, enquanto inserido dentro do microsistema das ações coletivas, deve ser utilizado de forma resguardar os direitos carentes de proteção. A retirada dos direitos difusos do grupo de direitos tuteláveis pelo mandado de segurança coletivo pela Lei 12.016/2009 também será avaliada sob esta perspectiva.

Palavras-chave: Mandado de Segurança Coletivo. Direitos Difusos. Tutela coletiva. Lei 12.016/2009.

ABSTRACT

This paper intends to analyze the collective writ of mandamus according to the Constitution and the Law 12.016/2009, with emphasis on its object. The collective writ of mandamus, while inserted on the collective actions microsystem, must be utilized to safeguard the rights need protection. The removal of the diffuse rights from the group of protectable rights by the collective writ of mandamus by the Law 12.016 will also be evaluated under this perspective.

Keywords: Collective Writ of Mandamus. Diffuse Rights. Collective Protection. Law 12.016/2009.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 NOTÍCIA HISTÓRICA	9
2.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DO MANDADO DE SEGURANÇA	9
2.2 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DA AÇÃO COLETIVA.....	10
2.2.1 DE ROMA AO <i>CLASS ACTION</i> AMERICANO.....	10
2.2.2 AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL.....	12
3 MANDADO DE SEGURANÇA	15
3.1 DISCIPLINA DO MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL	15
3.1.1 CONCEITO E CABIMENTO.....	15
3.1.2 LEGITIMIDADE	18
3.1.3 SENTENÇA E COISA JULGADA.....	19
3.2 DISCIPLINA DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO	20
3.2.1 CONCEITO E CABIMENTO.....	20
3.2.2 LEGITIMIDADE	22
3.2.3 SENTENÇA E COISA JULGADA.....	24
4 DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS	26
4.1 DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS E INTERESSES.....	27
4.2 DIREITOS OU INTERESSES DIFUSOS.....	30
4.3 DIREITOS OU INTERESSES COLETIVOS	32
4.4 DIREITOS OU INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.....	33
4.5 COMAPARTIVO ENTRE AS ESPÉCIES DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS.....	35
5 TUTELA DE DIREITOS DIFUSOS ATRAVÉS DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO	38
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

1 INTRODUÇÃO

A sofisticação da estrutura social e o surgimento da chamada sociedade de massa fizeram com que os problemas tendessem a se coletivizar, o que exige, por sua vez, soluções também coletivas¹. A superação da concepção individualista do direito, típica do Estado liberal, fez ressaltar os direitos reconhecidos não a indivíduos apenas em si considerados, mas a grupos de indivíduos, todos igualmente titulares destes direitos. Estes são o direito à saúde, à vida, ao trabalho, ao meio ambiente, entre outros elencados no texto constitucional, demarcando o chamado Estado social.

Com vistas a estas alterações, o mandado de segurança coletivo foi criado pela Constituição Federal de 1988, objetivando, ao lado da ação popular e da ação civil pública, o fornecimento de meios efetivos de tutela de direitos transindividuais, estando redigido da seguinte forma:

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;

O restante do ordenamento, porém, demorou a alcançar as alterações sociais (e constitucionais), fazendo-se necessário rever os sistemas processuais, até então adaptados a atender demandas de natureza tipicamente individuais. O aumento das lesões provocadas pelas mudanças sociais gerou a busca de se adequar o sistema jurídico a nova realidade, com o objetivo de viabilizar a tutela jurisdicional destes litígios².

1 BELINETTI, Luiz Fernando. Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de direito processual civil**: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 666.

² VENTURI, Elton. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n. 5.130-2009. In: CALMON,

Estas alterações sociais conflitam com a tradição individualista do processo civil, que foi estruturado para atender apenas este tipo de situação. Atualmente, questões de cunho coletivo são constantes e significativas, e, por serem estruturalmente diferentes das questões individuais, visto o grande número de agentes envolvidos, os institutos clássicos devem ser revistos ou novos serem criados. Afinal, os direitos da coletividade (ou de um grupo), não podem restar sem possibilidade de tutela jurisdicional ³.

Note-se que os direitos coletivos não se confundem com os subjetivos, mesmo que pertencentes um grande número de pessoas; o coletivo se situa para além da soma dos indivíduos coletivamente considerados.

Diante deste aumento na complexidade da sociedade, e, conseqüentemente, dos litígios surgidos, as ações coletivas ganham nova importância, permitindo economia de cunho processual e temporal. A proposição de uma única demanda coletiva evita a proposição de milhares de pedidos individuais sobre o mesmo tema, permitindo, também, uma mesma resposta a todos os envolvidos.

Nesta toada, o mandado de segurança recebeu nova regulamentação infraconstitucional, através da Lei 12.016/2009, sendo esta regulação inédita no caso do mandado de segurança coletivo.

Apesar de louvável a tentativa do legislador em regulamentar o *writ*, está não foi sem falhas. A regra infraconstitucional possui omissões e inconsistências graves, que acabam por enfraquecer a ação, ao invés de esclarecê-la e consolidá-la.

Dentre os diversos problemas apontados à nova regulação, um dos que mais se ressaltam é a exclusão dos direitos difusos do rol de direitos tuteláveis através do *mandamus* coletivo, questão cerne do presente trabalho, que será analisada após feito o embasamento teórico necessário.

Petrônio; *et al.* (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 172

³ PEREIRA, Thiago Merege. **Mandado de segurança coletivo**: legitimidade, objeto e coisa julgada. 139 f. Tese (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade federal do Paraná. Curitiba, Paraná, 2012.

2 NOTÍCIA HISTÓRICA

2.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DO MANDADO DE SEGURANÇA

A origem do mandado de segurança é tipicamente nacional, apesar de remontar à carta de amparo mexicana e ao *writ* inglês. Percebe-se que o processo civil nacional não contava com um instrumento que permitisse a proteção veloz e eficaz contra agressões do Estado contra direitos individuais.

Num primeiro momento, no início do século XX, houve a tentativa de se aplicar o *habeas corpus* nestes casos, utilizando-se de uma interpretação alargada do instituto pelo Supremo Tribunal Federal. Esta ficou conhecida como a doutrina brasileira do *habeas corpus*, visto que o instituto era utilizado numa amplitude não existente em outros países ⁴.

Tal teoria sofreu severas críticas, pois acabava desvirtuando o *habeas corpus*. Assim, passou-se a buscar uma solução judicial que fosse tão célere quanto o *habeas corpus*, mas que não fosse limitado à proteção contra restrições físicas. Neste contexto, foi criado o mandado de segurança.

O mandado de segurança foi introduzido pela primeira vez na Constituição de 1934, tendo sido regulado pela Lei 191/1936. Possuía o mesmo rito do *habeas corpus*, presando-se para a defesa de direitos certos e incontestáveis contra atos da administração que ameaçassem ou efetivamente lesassem estes direitos⁵. A Constituição de 1937 foi silente quanto ao mandado de segurança, mas este estava regulado no Código De Processo Civil de 1939, nos artigos 319 a 331 ⁶.

Este voltou a ter *status* de garantia constitucional em 1946, tendo sido previsto nas demais constituições que decorreram desde então, como instrumento para a proteção de direitos individuais “evidentes”, não amparados pelo *habeas corpus*, que sejam violados ou ameaçados de violação por ato de autoridade.

⁴ BASTOS, Lucília Isabel Candini. **Mandado de segurança coletivo**: legitimidade ativa e objeto. Curitiba: Juruá, 2007. p. 35-36.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 233-234.

⁶ MONNERAT, Carlos Fonseca; VERRÍSIMO, Marcos Neves. Primeiras impressões sobre o novo mandado de segurança – Lei 12.016/2009. **Revista de processo**, ano 35, n 182, p. 215-233, abril, 2010. p. 216.

Em 1951, foi promulgada a Lei 1.533, que substituiu as disposições do Código de Processo Civil de 1939 referentes ao mandado de segurança.

Na constituição de 1988, o mandado de segurança possui *status* de direito e garantia fundamental, estando previsto no artigo 5º, incisos LXIX e LXX. Seu uso para a tutela de direitos coletivos só foi consagrado na Constituição atual⁷.

2.2 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DA AÇÃO COLETIVA

2.2.1 DE ROMA AO *CLASS ACTION* AMERICANO

O sistema de tutela de direitos coletivos nacional possui grande influência do sistema de *class action* norte-americano, sendo o ordenamento pátrio uma derivação, ainda que indireta, deste sistema.

A ideia de ação coletiva, contudo, é em muito anterior ao sistema de *class action*, tendo como primeiro precedente as *actiones populares*, do direito romano. As ações populares, em Roma, eram um conjunto variado de ações cuja principal característica era a permissão para que qualquer cidadão ingressasse em juízo, ainda que não tivesse um direito diretamente ligado ao assunto. Tal autorização era uma exceção ao sistema de legitimação individual vigente, onde se exigia um interesse pessoal do demandante na causa. Esta exceção existia para permitir que os cidadãos entrassem em juízo para a defesa de bens públicos⁸.

Com a queda do Império, no século V, o destino das ações populares restou incerto, apenas reaparecendo a tutela coletiva na Inglaterra do século XII, com o surgimento e posterior fortalecimento das corporações e dos burgos, que buscavam tutela quanto assuntos referentes a seus membros. Esta tutela dos grupos mencionados era apenas no referente ao mérito, não havendo qualquer preocupação quanto à adequação do representante ou a tutela coletiva dos direitos

7 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 234

⁸ ROQUE, Andre Vasconcelos origens históricas da tutela coletiva. **Revista de processo**, ano 35, n 188, p. 101-146, outubro, 2010. p.104-105.

⁹. Este quadro permaneceu, com pequenas variações, durante toda a Idade Média, com as ações coletivas tratando de conflitos rurais ou de grupos previamente organizados.

As profundas alterações sociais ocorridas durante o século XVIII e XIX, dentre elas a Revolução Industrial, repercutiram nas ações coletivas. As recém-surgidas sociedades anônimas e beneficentes passaram a figurar como as principais utilizadoras da tutela coletiva neste período. Contudo, nem sempre a tutela coletiva das sociedades e seus sócios era concedida, dando-se preferência ao litisconsórcio, entendendo-se que todos os membros deveriam figurar na ação. Em casos excepcionais, porém, quando presente uma questão comum, e as partes estivessem devidamente representadas, mas sendo inviável o litisconsórcio de todos os interessados, era permitido, a critério dos magistrados, conceder o *Bill of Peace*, que dispensava a formação do litisconsórcio ¹⁰.

Este sistema foi importado para os Estados Unidos, e permaneceu sem grandes alterações, mantendo a tutela coletiva ao juízo de conveniência dos magistrados. Em 1912, contudo, ocorreu a edição das *Equality Rules*, que iniciou a separação das ações coletivas do litisconsórcio. Em 1938, foram aprovadas as *Federal Rules of Civil Procedure*, que substituíram as *Equality Rules*. Aquelas estabeleceram regras processuais no âmbito federal, sendo que a regra 23 estabelecia os requisitos da ação coletiva (*class action*) ¹¹.

Nos Estados Unidos, o auge deste instituído (*class action*) se deu na década de 1950, com a discussão sobre ao fim da segregação racial nas escolas, da qual seguiu um grande ativismo judicial nesta área. ¹²

Em 1966, a regra 23 sofreu uma grande reforma, que deu os contornos atuais do instituto.

Os Estados Unidos adotam um modelo baseado na iniciativa individual do interessado, onde a ação, mesmo que coletiva, deve ser proposta em nome individual, devendo o interessado demonstrar que foi afetado pessoalmente, mesmo que de forma indireta.

⁹ ROQUE, André Vasconcelos origens históricas da tutela coletiva. **Revista de processo**, ano 35, n 188, p. 101-146, outubro, 2010. p. 110-112.

¹⁰ ROQUE, André Vasconcelos origens históricas da tutela coletiva. **Revista de processo**, ano 35, n 188, p. 101-146, outubro, 2010. p. 116-120.

¹¹ ROQUE, André Vasconcelos origens históricas da tutela coletiva. **Revista de processo**, ano 35, n 188, p. 101-146, outubro, 2010. p. 125-129.

¹² SALLES, Carlos Alberto de. *Class actions*: algumas premissas para comparação. **Revista de Processo**, ano 34, n. 174, p. 215-236, Agosto, 2009, p. 219-221.

A causa será conhecida se possuir os requisitos da *justiciability* (jurisdicionabilidade), que faz às vezes das condições da ação. Dentre estes requisitos, está o *standing*, que pode ser equiparado, nas devidas proporções, à legitimidade no sistema nacional, pela qual o autor da ação deve provar que é integrante do grupo de pessoas que sofreram uma lesão, e, assim, possui interesse pessoal na solução do caso¹³.

No sistema de *class action* americano, uma mesma ação se digna a proteger tanto direitos individuais homogêneos quanto direitos coletivos propriamente ditos. Sua disciplina se dá pelas *Federal Rules of Civil Procedure*, em sua regra 23. Esta estabelece que, além dos requisitos gerais da *justiciability*, é necessário que a ação possua certos pré-requisitos específicos para que possa se enquadrar como ação de classe. Tais requisitos são o chamado *certification*¹⁴. Presentes estes requisitos, a ação deve se inserir em uma das quatro categorias de *class action* previstas¹⁵.

2.2.2 AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL

O modelo americano de *class action* pode ser considerado o equivalente ao modelo nacional de tutela de direitos coletivos, mas, obviamente, não podem ser comparados sem se levar em conta as diferenças sociais e políticas entre os países, bem como os diferentes sistemas jurídicos.

Já na década de 1970, graças aos estudos de Mauro Cappelletti, começou a surgir à consciência de que a tutela jurisdicional coletiva apresentava diversas peculiaridades, como no tocante a representação e a coisa julgada, entre outros¹⁶.

O primeiro diploma concebido para a tutela da coletividade, ainda que de forma tímida, foi a ação popular (Lei 4.717/1965), que protegia o patrimônio público. A Lei Ambiental 6.938/1981, também deu tratamento à matéria coletiva, ao autorizar

¹³ SALLES, Carlos Alberto de. *Class actions: algumas premissas para comparação*. **Revista de Processo**, ano 34, n. 174, p. 215-236, Agosto, 2009, p. 222-223.

¹⁴ Os requisitos da *certification* são quatro, sendo eles a numerosidade (*numerosity*), as questões comuns a classe (*commonality*), a tipicidade (*typicality*), e a representatividade (*representativeness*).

¹⁵ SALLES, Carlos Alberto de. *Class actions: algumas premissas para comparação*. **Revista de Processo**, ano 34, n. 174, p. 215-236, Agosto, 2009, p. 227-231.

¹⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 48.

o Ministério Público a ajuizar ações de responsabilidade civil e penal pelos danos provocados ao meio ambiente.

No Brasil, a introdução da tutela coletiva de fato se deu apenas em 1985, com a promulgação da Lei 7.347, que regula a ação civil pública, e vem ganhando importância desde então, com o crescente número de ações versando sobre direitos coletivos¹⁷. O escopo da ação civil pública foi ampliado ao longo do tempo, passando da tutela do meio ambiente, do consumidor e de em e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, para a proteção de qualquer direito difuso ou coletivo.

Elton Venturi nota que o atraso no reconhecimento da existência, e, conseqüentemente tutela jurisdicional, dos direitos difusos decorreu menos da ausência de uma consciência dos integrantes da comunidade acerca das suas pretensões em comum, do que propriamente da carência de efetiva representatividade ou da sua corporificação em face da estrutura de poder¹⁸.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, houve uma integração entre os diplomas, criando um verdadeiro sistema integrado de proteção de direitos transindividuais, com mutuas referências entre ambos¹⁹. Este sistema foi complementado por leis esparsas, como a Lei de Abuso de Poder Econômico (Lei 8.884/1994).

No modelo nacional, a defesa de direitos coletivos em juízo se dá através de organizações, como entidades de classe ou associação, partidos políticos, organizações não governamentais e o próprio Ministério Público²⁰.

A ação coletiva refere-se tanto as ações que visam defender direitos coletivos quanto aquelas que protegem de forma coletiva direitos individuais. No segundo caso, a ação é considerada coletiva não pelo direito que ela protege, como

¹⁷ SALLES, Carlos Alberto de. *Class actions: algumas premissas para comparação*. **Revista de Processo**, ano34, n. 174, p. 215-236, Agosto, 2009, p. 219-221.

¹⁸ VENTURI, Elton. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n. 5.130-2009. In: CALMON, Petrônio; *et al.* (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 182.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.304-305.

²⁰ Exceção a esta regra é a ação popular, que pode ser impetrada por um cidadão de forma individual, conforme o artigo 1º da Lei 4.717/1965.

ocorre no primeiro caso, mas devido à natureza do instrumento utilizado, que empresta um tratamento coletivo a lesões de direitos individuais²¹.

²¹ SALLES, Carlos Alberto de. *Class actions: algumas premissas para comparação*. **Revista de Processo**, ano34, n. 174, p. 215-236, Agosto, 2009, p. 225.

3 MANDADO DE SEGURANÇA

3.1 DISCIPLINA DO MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL

O mandado de segurança individual esta disciplinado na Constituição federal, no inciso LXIX do artigo 5º, possuindo regulação infraconstitucional na Lei 12.016/2009, que revogou a Lei 1.533/1951, utilizada anteriormente.

3.1.1 CONCEITO E CABIMENTO

Segundo Hely Lopes Meirelles, o mandado de segurança é assim definido:

“Mandado de segurança é o meio constitucional posto a 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 data* ou *habeas corpus*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”²².

O preceito constitucional estabelece que a concessão do mandado de segurança esta condicionado a dois elementos. Primeiramente, é necessária a existência de direito líquido e certo, não tutelável por *habeas corpus* ou *habeas data*. Além disso, este direito deve ser objeto de ilegalidade ou abuso por parte da autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart esclarecem que o direito líquido e certo não tem relação com um tipo específico de direito, mas que “a liquidez e certeza do direito têm sim vinculação com a maior ou menor facilidade na *demonstração dos fatos* sobre quais incide o direito. Deste modo, a questão (...) se

²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.p. 25-26.

põe no campo da *prova (...)*”²³. Assim, depende o impetrante de prova documental indiscutível, de direito comprovável de plano, para o conhecimento do pedido, visto o procedimento do mandado de segurança não comportar a produção de provas²⁴. A complexidade dos fatos ou a dificuldade de interpretação das normas legais das quais advém o direito do impetrante não geram óbice ao cabimento ou julgamento do mandado de segurança, desde que caracterizada a certeza e liquidez do direito em questão²⁵.

No tocante a ilegalidade ou abuso, estes se caracterizam por qualquer ato, omissão ou ameaça de violação praticada por pessoa investida de poderes estatais²⁶. A rigor, há redundância na expressão ilegalidade ou abuso de poder. Sempre que um ato administrativo desrespeitar os requisitos de validade (competência, finalidade, forma, motivo e objeto), haverá ilegalidade. Como o abuso de poder ocorre com vício na competência ou na finalidade, ele na verdade constitui uma forma de manifestação a ilegalidade²⁷.

Note-se que por lesão ou ameaça de direito entende-se que o mandado de segurança só é admitido em situações que existe risco concreto de lesão a direito²⁸.

A omissão da administração também enseja mandado de segurança, sempre que esta atinja direitos líquidos e certos do impetrante. A omissão se caracteriza sempre que a administração se mantiver inerte, nas hipóteses em que, por determinação legal, deveria se manifestar ou agir de determinado modo. Em não o fazendo, incorre em omissão.

O mandado de segurança é repressivo, atacando uma ilegalidade já cometida, podendo também ser preventivo de uma ameaça a direitos do impetrante,

²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 236-237.

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.p. 39-40.

²⁵ Tanto é assim que o STF sumulou que a complexidade da causa não afasta a concessão de mandado de segurança. Nos termos da súmula 625: “Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 237.

²⁷ LOPES, Mauro Luís Rocha. **Comentários à nova lei do mandado de segurança**. Niterói: Impetus, 2009. p. 15.

²⁸ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 324.

desde que este direito seja, como visto, líquido e certo, e o ato seja concreto, não mera suposição²⁹.

O mandado de segurança, contudo, não pode ser usado indiscriminadamente contra qualquer ato de autoridade pública, havendo casos que não podem ser discutidos através do *mandamus*. Se do ato ainda couber recuso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução, não é cabível o mandado. Afinal, se o recurso administrativo tem efeito suspensivo, o ato não está gerando lesão ao particular, não se caracterizando este ato como coator. Também é inviável o uso do *writ* para atacar decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo, ou que já tenha transitado em julgado. Além destas, o mandado de segurança não é cabível contra lei em tese, visto que esta, por não gerar efeitos concretos, não pode se caracterizar como ato coator³⁰.

Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos entendem que a limitação quanto à impetração de mandado de segurança quando cabível recurso administrativo com efeito suspensivo é inconstitucional, já que viola o princípio da inafastabilidade do controle da jurisdição³¹. Tanto é assim que o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 429³², ainda sob a regência da lei do mandado de segurança anterior, autorizando o uso de mandado de segurança mesmo quando ainda cabível recurso administrativo com efeito suspensivo.

O imperante possui, de acordo com o artigo 23 da Lei 12.016/2009, prazo de 120 dias para ingressar com a ação, contados da sua ciência do ato a ser impugnado. Este prazo é tido como decadencial, não sendo interrompido ou suspenso. O mandado de segurança preventivo não possui este prazo, visto que, como o ato coator ainda não ocorreu, não é possível inicial a contagem do prazo³³.

A impetração deve ocorrer de acordo com a sede e a origem da autoridade coatora, salvo em razão do *status* da autoridade. Assim, caso o ato seja efetuado por autoridade federal, a competência será da Justiça Federal, ao passo que ato de

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 28.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.247-248.

³¹ VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de; WAMBIER, Luiz Rodrigues. O mandado de segurança na disciplina da Lei 12.016, de 07.08.2009. **Revista de Processo**. Ano 34, n. 177, p. 185-208, novembro, 2009. p. 191.

³² Súmula 429: "A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão de autoridade".

³³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.240-241.

autoridade municipal ou estadual deverá ser analisado pela Justiça Estadual. Por força constitucional (art. 102, I, d), mandados de segurança contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do Supremo Tribunal Federal deveram ser analisados pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Por sua vez, compete ao Superior Tribunal de Justiça o recebimento de mandados de segurança impetrados contra atos de Ministros do Estado, dos Comandantes das Forças Armadas, ou do próprio Tribunal.

3.1.2 LEGITIMIDADE

Esta autorizada a impetrar mandado de segurança qualquer pessoa, natural jurídica, que tenha sofrido lesões em decorrência do ato coator, aplicando-se as mesmas regras de capacidade processual das ações comuns. São admitidos, contudo, entes despersonalizados que tenham sido atingidos pelo ato, visto a importância da garantia protetiva por ele representado³⁴.

O mandado de segurança pode ser impetrado, inclusive, por órgãos públicos, mesmo que estes sejam desprovidos de personalidade jurídica, sendo que quem a possui é a pessoa jurídica de direito público a quem estão vinculados. Contudo, a doutrina e a jurisprudência tem aceitado que órgãos públicos, quando dotados de capacidade processual, impetrem mandado de segurança, como, por exemplo, as Mesas das Casas Legislativas³⁵.

A lei proíbe a formação de litisconsórcio ativo após o despacho inicial do juiz (artigo 10, § 2º da Lei 12.016/2009), visando evitar a quebra do princípio do juiz natural, já que este litisconsórcio poderia implicar em escolha do juiz da causa, o que é especialmente delicado caso haja concessão de liminar.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 241.

³⁵ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 328.

O polo passivo é ocupado pela autoridade coatora³⁶, esta entendida, não sem controvérsia, como a autoridade que efetivamente pratica o ato coator ou quem tem competência para revê-lo³⁷, podendo haver formação de litisconsórcio passivo. A indicação da autoridade errada não impede o prosseguimento do feito, sendo possível a correção do defeito.

O agente indicado deve ter competência para rever o ato praticado, apontado como ilegal ou para realizar o ato omissivo. Assim, o mero executor do ato não pode figurar como impetrado³⁸.

3.1.3 SENTENÇA E COISA JULGADA

A sentença do mandado de segurança deve respeitar a forma prescrita para as sentenças civis, no artigo 458 do Código de Processo Civil, visto a lei específica ser silente neste tópico. A única ressalva feita é que não são cabíveis honorários advocatícios no mandado de segurança (artigo 25 da Lei 12.016). A sentença de procedência do *mandamus* é, em regra, mandamental, impondo uma ordem dirigida ao réu, não dependendo de execução, podendo ser cumprida *ex officio*³⁹.

A autoridade coatora, bem como a pessoa jurídica interessada, devem ser comunicadas da sentença mandamental procedente ao autor, para que possam dar cumprimento a ela. Em caso de descumprimento é autorizado ao juiz a aplicação de multa ou o uso de outros meios coercitivos para forçar o cumprimento da sentença.

A decisão prolatada em sede de mandado de segurança gera coisa julgada, pois, embora a cognição do juízo seja sumária (limitada às provas documentais apresentadas), com vistas à celeridade, ela é exauriente. Mesmo que os fatos trazidos a juízo sejam limitados a provas documentais, o juiz tem conhecimento

³⁶ Em sentido contrário, Mauro Luís Rocha Lopes entende que a autoridade coatora não faz parte do mandado de segurança, e sim a entidade pública cujo quadro de servidores a esta faça parte. LOPES, Mauro Luís Rocha. **Comentários à nova lei do mandado de segurança**. Niterói: Impetus, 2009. p. 56.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 243.

³⁸ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 329.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 259.

aprofundado destes fatos, o que é suficiente para geral convicção de certeza no magistrado⁴⁰.

A sentença de mandado de segurança gera coisa julgada sempre que apreciar o mérito da impetração, denegando ou concedendo segurança. Em qualquer outra hipótese, a sentença não impede o impetrante de entrar com nova ação, seja um novo mandado de segurança, desde que ainda haja prazo, seja uma ação ordinária⁴¹.

3.2 DISCIPLINA DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

O mandado de segurança coletivo foi constitucionalmente estabelecido em 1988, através do inciso LXX do artigo 5º, possuindo regulação infraconstitucional nos artigos 21 e 22 da Lei 12.016/2009, consolidando entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, sem trazer grandes aprimoramentos⁴².

Antes deste regramento infraconstitucional, o mandado de segurança coletivo era regulamentado utilizando as normas sobre demandas coletivas (em sentido amplo) presentes no Código de Defesa do Consumidor e na Lei de Ação Civil Pública⁴³.

3.2.1 CONCEITO E CABIMENTO

A análise do mandado de segurança coletivo depende do modelo do mandado de segurança individual, que está preceituado no inciso LXIX do artigo 5º

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p 265.

⁴¹ LOPES, Mauro Luís Rocha. **Comentários à nova lei do mandado de segurança**. Niterói: Impetus, 2009. p. 112.

⁴² MONNERAT, Carlos Fonseca; VERÍSSIMO, Marcos Neves. Primeiras impressões sobre o mandado de segurança – Lei 12.016/2009. **Revista de Processo**. Ano 35, n. 182, p. 215-233, abril, 2010. p. 232.

⁴³ MONNERAT, Carlos Fonseca; VERÍSSIMO, Marcos Neves. Primeiras impressões sobre o mandado de segurança – Lei 12.016/2009. **Revista de Processo**. Ano 35, n. 182, p. 215-233, abril, 2010. p. 231.

da Carta Legal⁴⁴. Isto porque a constituição só inovou na legitimidade ativa das entidades que podem impetra-lo, mantendo o mesmo rito e condições de admissibilidade, inclusive quanto à necessidade de o impetrante possuir direito líquido e certo.

José Afonso da Silva defende que o mandado de segurança coletivo é instituto novo, que visa “realizar direitos de coletividades inteiras, para o que o mandado de segurança individual se revela instrumento não totalmente satisfatório”⁴⁵. Tal entendimento é compartilhado por Alfredo Buzaid, para quem o mandado de segurança coletivo figura ao lado do mandado de segurança individual, sendo estes duas espécies do mesmo gênero⁴⁶.

Estabelece José Afonso da Silva que o conceito do *mandamus* coletivo está assentado em dois elementos, um institucional, “caracterizado pela atribuição da legitimidade processual a intuições associativas para defesa de interesses de seus membros ou associados, e outro, *objetivo*, consubstanciado no uso do remédio para a defesa de interesses coletivos”⁴⁷.

O preceito constitucional estabelece a legitimidade ativa do *mandamus* coletivo e o objeto a ser tutelado, inferindo que ambas as espécies possuem os mesmos pressupostos, havendo distinção apenas quanto ao impetrante e a natureza dos direitos a serem discutidos⁴⁸. Assim, o mandado de segurança coletivo possui requisitos genéricos do mandado de segurança individual, bem como requisitos específicos próprios.

O mandado de segurança coletivo, assim, se presta a proteção de direitos líquidos e certos de uma coletividade, não havendo necessidade de que o direito

⁴⁴ “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;”.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores. 2010. p. 458.

⁴⁶ BUZOID, Alfredo. **Considerações sobre o mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992. p.5. Em sentido contrário, Athos Gusmão Carneiro entende que a constituição apenas criou uma nova hipótese de legitimação para a causa. CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o mandado de segurança coletivo, nos termos da Lei 12.016/2009. **Revista de Processo**. Anos 34, n. 178, p. 9-46, dezembro, 2009. p.10.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores. 2010. p. 459.

⁴⁸ BUZOID, Alfredo. **Considerações sobre o mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992. p.9.

seja particular da classe representada pela entidade coletiva, bastando que decorra da atividade exercida pela classe ⁴⁹.

O *mandamus* coletivo, deste modo, é cabível para proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas data* ou *habeas corpus*, quando o paciente sofrer lesão ou ameaça de lesão a direito, por ato ou omissão ilegal de autoridade, tal qual o *mandamus* individual.

Ele não é aceito nas mesmas hipóteses em que não é cabível o *mandamus* individual, ou seja, contra lei em tese, contra ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, para impugnar decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo ou que já tenha transitado em julgado⁵⁰.

O direito líquido e certo do impetrante se apresenta em três categorias: os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, cuja análise se dará adiante.

André Vasconcelos Roque e Francisco Carlos Duarte, a seu turno, entendem que o mandado de segurança coletivo deveria está mais voltado à ação civil pública do que ao mandado de segurança individual, devendo ter a mesma amplitude e regime jurídico daquela, com o procedimento mais célere do mandado de segurança de cunho individual, que deveria ser aplicado de forma subsidiária ⁵¹.

3.2.2 LEGITIMIDADE

O artigo 22 da Lei 12.016 estabelece quais são os entes autorizados a propor mandado de segurança coletivo, sendo eles os partidos políticos 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, um ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade ou de

⁴⁹ . LOPES, Mauro Luís Rocha. **Comentários à nova lei do mandado de segurança**. Niterói: Impetus, 2009. p. 154.

⁵⁰ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 348-350.

⁵¹ DUARTE, Francisco Carlos; ROQUE, André Vasconcelos. Aspectos polêmicos do mandado de segurança coletivo: evolução ou retrocesso. **Revista de processo**. Ano 37, vol. 203, p. 39-72, janeiro, 2012. p. 42.

parte dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, sendo dispensada, autorização especial.

Estes impetrantes, ao ingressarem com a ação em nome de seus membros, ou de parcela de seus associados, o fazem em substituição processual.

As entidades de classe, organizações sindicais e associações podem ingressar com mandado de segurança de três formas. Podem impetrar mandado de segurança individual, em defesa de interesse próprio, ou seja, da pessoa jurídica. Podem também ingressar com mandado de segurança individual, como representante de seus associados, identificados na inicial, dependendo de autorização expressa destes para sua defesa em juízo. Pode, por fim, ingressar com mandado de segurança coletivo, para defender toda a classe ou categoria, ou parte dela.⁵² Ou seja, a entidade impetrante entra com a ação em nome próprio, mas para a defesa de direitos alheios, de titularidade dos substituídos. Não depende para tal, de autorização destes, bastando que o pedido esteja dos objetivos da entidade⁵³.

Para a impetração do *mandamus* não é necessário que o direito atingido diga respeito à totalidade dos associados do impetrante, bastando que tutele parcela deles, estando tal entendimento, inclusive sumulado pelo Supremo Tribunal Federal⁵⁴.

O *mandamus* coletivo depende, ainda, da chamada pertinência temática para a impetração coletiva promovida por entidades coletivas. Desta forma, os direitos líquidos e certos dos substituídos deve ter vinculação com a finalidade da instituição impetrante⁵⁵. Assim, um sindicato de taxistas pode ingressar com mandado de segurança coletivo contra uma cobrança de pedágio reputada ilegal, mesmo que a cobrança não atinja apenas os motoristas profissionais, pois clara a pertinência temática entre os fins da entidade e a matéria em discussão. Por outro lado, este mesmo sindicato não poderia ingressar com mandado de segurança coletivo contra aumento na tarifa de energia elétrica, mesmo estando seus membros

⁵² LOPES, Mauro Luís Rocha. **Comentários à nova lei do mandado de segurança**. Niterói: Impetus, 2009. p. 151.

⁵³ CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o mandado de segurança coletivo, nos termos da Lei 12.016/2009. **Revista de Processo**. Anos 34, n. 178, p. 9-46, dezembro, 2009. p.19.

⁵⁴ Súmula n. 630 do STF: "A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria".

⁵⁵ LOPES, Mauro Luís Rocha. **Comentários à nova lei do mandado de segurança**. Niterói: Impetus, 2009. p. 155.

entre os consumidores atingidos, pois o direito de não pagar tarifas abusivas encontra-se completamente desvinculado do fato de o consumidor ser taxista⁵⁶.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart criticam a limitação imposta aos legitimados ativos do *mandamus* coletivo, entendendo que o rol de legitimados deveria ser estendido a todos os legitimados para propor qualquer ação coletiva, visto o mandado de segurança ser apenas mais uma via processual de proteção⁵⁷.

Defendem também que os partidos políticos, associações, organizações sindicais e entidades de classe podem propor mandado de segurança coletivo para a tutela não só de seus interesses ou membros, mas de qualquer direito transindividual, visto não haver restrição constitucional quanto ao seu uso, e, por se tratar de garantia fundamental, não poderia ser reduzida mediante interpretação⁵⁸.

3.2.3 SENTENÇA E COISA JULGADA

A Lei 12.016 prevê que a sentença proferida em mandado de segurança coletivo só faz coisa julgada em relação aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

Tal restrição é descabida, visto que, novamente, limita a extensão do mandado de segurança coletivo, impedindo o aproveitamento da tutela jurisdicional a todos aqueles que possuem o direito lesado⁵⁹.

A interpretação no sentido de limitar a extensão da coisa julgada apenas aos membros do grupo ou classe substituídos pelo impetrante, como quer a lei, não é compatível com os valores protegidos em sede constitucional. Afinal, a ideia de grupo ou categoria diz respeito não somente àqueles que sejam formalmente membros do ente impetrante, mas “todos aqueles que se encontrem compreendidos

⁵⁶ LOPES, Mauro Luís Rocha. **Comentários à nova lei do mandado de segurança**. Niterói: Impetus, 2009. p. 155.

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p 266.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p 267.

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p 270.

na definição da coletividade passível da tutela jurisdicional postulada em juízo”⁶⁰. Isto inclui “todos aqueles titulares de pelo menos uma pequena parcela dos direitos difusos, coletivos *strictu sensu*, ou individuais homogêneos defendidos judicialmente”⁶¹.

Com esta interpretação, é possível estender o alcance da coisa julgada a todos os integrantes da coletividade tutelada em juízo, o que confere a coisa julgada do *mandamus* coletivo a mesma extensão que uma ação civil pública, sendo apenas mais célere e com a instrução probatória reduzida.

Novamente, tal qual no *mandamus* individual, a coisa julgada beneficia o impetrante, mas não o prejudica. Assim, não se configura litispendência ou coisa julgada se um dos substituídos ingressar com ação individual sobre o mesmo tema, até porque são ações distintas, com partes diferentes e pedidos diversos (o pedido em tutela coletiva tende a ser genérico, enquanto o de tutela individual tende a especificidade)⁶².

Contudo, caso o autor ingresse com ação individual, não será beneficiado pela decisão da ação coletiva, salvo se desistir de sua ação. Da mesma forma, caso a ação individual já tenha transitado em julgado, o autor não será beneficiado por posterior decisão coletiva⁶³.

⁶⁰ DUARTE, Francisco Carlos; ROQUE, André Vasconcelos. Aspectos polêmicos do mandado de segurança coletivo: evolução ou retrocesso. **Revista de processo**. Ano 37, vol. 203, p. 39-72, janeiro, 2012. p. 59.

⁶¹ DUARTE, Francisco Carlos; ROQUE, André Vasconcelos. Aspectos polêmicos do mandado de segurança coletivo: evolução ou retrocesso. **Revista de processo**. Ano 37, vol. 203, p. 39-72, janeiro, 2012. DUARTE, Francisco Carlos; ROQUE, André Vasconcelos. Aspectos polêmicos do mandado de segurança coletivo: evolução ou retrocesso. **Revista de processo**. Ano 37, vol. 203, p. 39-72, janeiro, 2012. p. 59.

⁶² DUARTE, Francisco Carlos; ROQUE, André Vasconcelos. Aspectos polêmicos do mandado de segurança coletivo: evolução ou retrocesso. **Revista de processo**. Ano 37, vol. 203, p. 39-72, janeiro, 2012. p.65.

⁶³ LOPES, Mauro Luís Rocha. **Comentários à nova lei do mandado de segurança**. Niterói: Impetus, 2009. p. 159-160.

4 DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Como já visto, a sociedade vem sofrendo grandes transformações, tornando-se uma sociedade massificada e globalizada. O direito, diante disto, passou a assumir novas formas, buscando acompanhar a nova conformação social.

Assim, surgiram direitos “tratados como de terceira geração, os quais são ditos de solidariedade e caracterizados por sua ‘transindividualidade’, pertencendo não mais apenas ao indivíduo, mas sim toda a coletividade”⁶⁴. Dentre estes estão inclusos o direito ao meio ambiente saudável, à vida, à saúde e os direitos dos consumidores.

Hugo Nigro Mazzilli entende que os interesses transindividuais são os interesses compartilhados por grupos classes ou categorias de pessoas, e que estão situados numa “posição intermediária” entre o interesse público e o interesse privado.

Descreve também que o que caracteriza os processos coletivos não é apenas o fato de serem compartilhados por um grupo de titulares de direito, mas também é o reconhecimento, por parte do ordenamento jurídico, de que este grupo seja atendido de forma uníssona, de forma a terem uma mesma resposta, igual para todos. Nas palavras do autor:

“(...) o que caracteriza os interesses transindividuais, ou de grupo, não é apenas o fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais reunidos pela mesma relação jurídica ou fática, mas, mais do que isso, é a circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que o acesso individual dos lesados à Justiça seja substituído por um acesso coletivo, de modo que a solução obtida no processo coletivo não apenas deve ser apta a evitar decisões contraditórias como, ainda, deve conduzir a uma solução mais eficiente da lide, porque o processo coletivo é exercido em proveito de todo grupo lesado”⁶⁵.

⁶⁴MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p 301.

⁶⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 50-51.

Além disso, traz outras características da tutela coletiva, como a frequente conflituosidade entre os próprios grupos envolvidos, já que, em se tratando de grandes grupos de pessoas, é possível que estas tenham pretensões distintas e opostas entre si. Aponta também que a defesa judicial coletiva se dá por legitimação extraordinária, onde o autor da ação defende não só o seu interesse, mas o interesse da coletividade atingida como um todo. Destaca também que o princípio da economia processual prepondera na tutela coletiva, pois uma única ação é capaz de resolver o litígio de milhares de pessoas, mantendo uma solução una e coesa para todas ⁶⁶.

Os direitos transindividuais, no Brasil, se dividem em três grupos: os direitos difusos, os coletivos e os individuais homogêneos, conforme se verá em análise detalhada a seguir.

4.1 DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS E INTERESSES

A utilização dos vocábulos *direito* e *interesse* no regramento das ações coletivas se dá de forma ora concomitante, ora alternada. Por exemplo, a Constituição Federal, ao regulamentar o mandado de segurança coletivo, dispõe que a organização sindical, a entidade de classe ou associação legalmente constituída podem atuar na “defesa dos *interesses* de seus membros associados”.

O Código de Defesa do Consumidor, por seu turno, estabelece que a defesa coletiva dos consumidores e vítimas em juízo pode ocorrer quando se tratar de “*interesses* ou *direitos* difusos”, “*interesses* ou *direitos* coletivos” ou “*interesses* ou *direitos* individuais homogêneos” ⁶⁷.

⁶⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 51-52.

⁶⁷ Conforme o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor: “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

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

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

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

José Cretella Júnior, ao tratar do mandado de segurança coletivo, critica a utilização do termo *interesses* pela Constituição Federal, visto que a presença de um mero interesse não é o bastante para assegurar a tutela jurisdicional, afirmando que “quem tem *interesse* e não *direito*, é destituído da correspondente *ação* que o assegura. Nenhuma *ação* pode ser proposta para defender *interesses* feridos. Do contrário, o Poder Judiciário iria exercer controle jurisdicional sobre *interesses* lesados por ato do poder público, dando origem à total perturbação da ordem jurídica”⁶⁸.

Calmon de Passos também critica a utilização do termo interesse por ser “inadequado, pela carga de ambiguidade que acarreta, falar-se de ‘interesse’ merecedor de proteção jurídica, sem que se veja nisso a configuração de um direito e direito subjetivo em sentido lato”⁶⁹.

Em sentido contrário, Luiz Fernando Belinetti defende a utilização da expressão *interesses* ou invés de *direitos*, visto que o direito subjetivo é eminentemente individualista, dependendo do binômio direito-dever, vinculado à concepção tradicional de reação jurídica. Aduz que, quando se ingressa na esfera coletiva, é preciso prescindir desse binômio com identificação dos seus titulares, que formam uma unidade indivisa, não sendo possível, assim, identificar propriamente um sujeito de direito⁷⁰.

Sidney Amaral Cardoso, por sua vez, vai além, defendendo que a legislação brasileira vem superando a distinção entre *direitos* e *interesses*, afirmando que “no estudo dos direitos difusos não há, desta forma, razão para se sustentar a distinção entre direitos e interesses”, sendo que pode-se utilizar “ambos os termos – interesses e direitos- como sinônimos”⁷¹.

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

⁶⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Os “writs” na constituição de 1988: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, habeas corpus, ação popular.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 75.

⁶⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data** (constituição e processo). Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 10.

⁷⁰ BELINETTI, Luiz Fernando. Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 667.

⁷¹ CARDOSO, Amaral Sidney. Ação civil pública: fundamentos constitucionais para a adoção de legitimidade *ad causam* aberta na tutela jurisdicional do meio ambiente. In: BARRAL, Welber; ANDRADE, Henri Clay (org.). **Inovações no processo civil.** Florianópolis: OAB/SE, 1999. P. 177.

Elton Venturi também segue nesta mesma toada, esclarecendo que, o ordenamento jurídico, ao se deparar com a nova realidade trazida pelas pretensões coletivas, não ousou classificá-las como direitos subjetivos, visto a insuficiência do conceito tradicional para abarcar situações onde o direito pertenceria toda uma comunidade, mas não seria imputável a ninguém em específico, utilizando assim a expressão *interesses* para tais situações⁷². Contudo, o legislador, superando a lógica liberal-individualista, e, ciente sobre o possível reducionismo que o uso da expressão *interesses* no lugar de *direitos* poderia causar, acabou por torna-las equivalentes para a tutela jurisdicional.

Por fim, assevera que:

“[...] Para além da expressa qualificação legal das pretensões difusas, coletivas ou individuais homogêneas como autênticos direitos subjetivos, não há, praticamente, qualquer serventia para eventuais distinções conceituais a que se insistisse em impor, sobretudo porque, sob a ótica do sistema constitucional de prestação jurisdicional, são tuteláveis pelo Poder Judiciário brasileiro, indistintamente, tanto os interesse quanto os direitos”⁷³.

Kazuo Watanabe também segue esta linha, entendendo que “direitos” e “interesses” são utilizados como sinônimos, e que, “a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo *status* de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles”⁷⁴.

Assim, a distinção é desnecessária, pois apenas gera entraves a solução de litígios coletivos, decorrentes da concepção estreita dos conceitos liberais e individualistas. Esclarece o autor:

⁷² VENTURI, Elton. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n. 5.130-2009. In: CALMON, Petrônio; *et al.* (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 173

⁷³ VENTURI, Elton. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n. 5.130-2009. In: CALMON, Petrônio; *et al.* (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 176.

⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 800. Também neste sentido, DUARTE, Francisco Carlos; ROQUE, André Vasconcelos. Aspectos polêmicos do mandado de segurança coletivo: evolução ou retrocesso. **Revista de processo**. Ano 37, vol. 203, p. 39-72, janeiro, 2012. p. 51-52.

“A necessidade de estar o direito subjetivo sempre referido a um titular determinado ou ao menos determinável impediu por muito tempo que os ‘interesses’ pertinentes, a um tempo, a toda uma coletividade e a cada um dos membros dessa mesma coletividade, (...) pudessem ser havidos por juridicamente protegíveis. Era a estreiteza da concepção tradicional do direito subjetivo, marcada profundamente pelo liberalismo individualista, que obstava a essa tutela jurídica.”⁷⁵.

Atualmente, finaliza Kazuo Watanabe, a prevalência é a da concepção mais larga do direito subjetivo, que abrange também os “interesses”, como pode ser visto na própria Constituição (artigos 5º, LXX, b, e 129, III) e na interpretação doutrinária de que, sempre que possível, deve-se interpretar dispositivos constitucionais como atribuidores de direitos, bem como em legislações infraconstitucionais esparsas⁷⁶.

4.2 DIREITOS OU INTERESSES DIFUSOS

Os direitos difusos, conforme redação do artigo 81, parágrafo único, inciso “I” do Código de Defesa do Consumidor são tratados como “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Pode-se extrair do preceito legal que os direitos difusos possuem, como aspecto subjetivo, a indeterminação dos titulares e a inexistência de relação jurídica de base entre eles, e, como aspecto objetivo, a indivisibilidade do bem jurídico⁷⁷.

Em decorrência de sua origem circunstancial e fática, a titularidade dos direitos difusos não se concentra em agrupamentos definíveis como classes ou categorias, já que não deriva de relações formais entre seus titulares, que podem ser concebidos como todos os indivíduos⁷⁸.

⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 800.

⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 801.

⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 801.

⁷⁸ VENTURI, Elton. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n. 5.130-2009. In: CALMON,

Os titulares do direito difuso são pessoas entre as quais não há qualquer vínculo jurídico ou fático preciso, sendo que estão unidas por circunstâncias de fato conexas.

Hugo Nigro Mazzilli nota que, embora se refira uma relação de fato, é evidente que esta relação fática também se subordina a uma relação jurídica. Ocorre que, no caso dos direitos difusos, a lesão do grupo não decorre da relação jurídica em si, mas sim da relação de fato desta resultante. Traz o autor como exemplo uma propaganda enganosa vinculada na televisão. Esta propaganda gera questões fáticas e jurídicas, mas o que vai unir o grupo para fins de proteção difusa é o fato de seu acesso (efetivo ou potencial) à propaganda enganosa ⁷⁹.

Quanto à indivisibilidade do objeto, observa Hugo Nigro Mazzilli que isto ocorre pois não é possível quantificar ou dividir o direito difuso entre os membros da coletividade ⁸⁰.

Em virtude da indivisibilidade da pretensão, nenhum membro do grupo ou classe titular de direito coletivo pode ser excluído da tutela jurisdicional coletiva buscada pela entidade legitimada, mesmo que não formalmente ligado a ela ⁸¹.

Por conta disto, a decisão em ação de tutela coletiva (em sentido estrito), é estendida pelo Código de Defesa do Consumidor, que emprega a expressão *ultra partes* para se referir à abrangência da tutela jurisdicional nestes casos ⁸².

Luiz Fernando Belinetti aponta que os direitos difusos podem ser caracterizados por dois aspectos. No aspecto subjetivo, percebem-se as características da indeterminação dos membros do grupo ao qual pertence o direito, e a inexistência de relação jurídica base entre tais pessoas. Pelo aspecto objetivo, observa-se a característica da indivisibilidade do bem jurídico ⁸³.

Petrônio; *et al.* (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 184.

⁷⁹ MAZZILLI, Hugo Nigri. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 53.

⁸⁰ MAZZILLI, Hugo Nigri. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 54.

⁸¹ VENTURI, Elton. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n. 5.130-2009. In: CALMON, Petrônio; *et al.* (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 187

⁸² Nos termos do artigo 103, II, do Código de Defesa do Consumidor: “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: (...) II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; (...)”.

⁸³ BELINETTI, Luiz Fernando. Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de direito processual**

4.3 DIREITOS OU INTERESSES COLETIVOS

Os direitos coletivos foram conceituados no Código de Defesa do Consumidor como os “interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (artigo 81, parágrafo único, inciso II).

Kazuo Watanabe explica que esta relação jurídica base é “preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas. Não a relação jurídica nascida da própria lesão ou ameaça de lesão”⁸⁴. Esta relação anterior à lesão é a aquela da qual deriva o interesse a ser tutelado.

Continua o autor, elucidando que os interesses de natureza indivisível referidos na lei afastam a ideia de um mero agrupamento de direitos individuais dos membros do grupo ou de parte dele⁸⁵.

Hugo Nigro Mazzilli adverte que mesmo sendo necessária uma relação jurídica básica para a ligação dos lesados que possuam o direito coletivo, ainda haverá uma relação fática concreta, sendo que “a lesão ao grupo não decorrerá propriamente da relação fática subjacente, e sim, da própria relação jurídica viciada que une o grupo”⁸⁶.

O objeto do direito coletivo é indivisível pois aproveita a todos os integrantes do grupo titular de maneira igual, não sendo possível quantificar a lesão individualmente. Exemplo disso é uma ação coletiva que vise anular uma cláusula abusiva em contrato de adesão⁸⁷. Caso procedente, a cláusula será anulada para todos aqueles que tenham assinado o contrato. Não é possível quantificar o

civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 668.

⁸⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 803.

⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 805.

⁸⁶ MAZZILLI, Hugo Nigri. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 55.

⁸⁷ O exemplo foi retirado de: MAZZILLI, Hugo Nigri. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 55.

interesse individual no reconhecimento da abusividade. Uma vez declarada ilegal, a cláusula será ilegal para todos os integrantes do grupo, de forma igual: ela não será mais ilegal para quem tiver mais contratos do que o outro.

Luiz Fernando Belinetti caracteriza os direitos coletivos a partir de dois aspectos, subjetivo e objetivo. No primeiro, esta a existência de relação jurídica base entre os membros do grupo ou com a parte contrária, bem como a determinabilidade dos membros do grupo. No segundo aspecto, encontra-se a indivisibilidade do bem jurídico⁸⁸.

4.4 DIREITOS OU INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Os direitos ou interesses individuais homogêneos estão conceituados no inciso III do parágrafo único do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, sendo entendidos como os “decorrentes de origem comum”, sendo-lhes garantida tutela a título coletivo. Os direitos individuais possuem, desta forma, a homogeneidade e a origem comum como requisitos para receberem tutela coletiva, sendo que a origem comum pode ser “de fato ou de direito, e a expressão não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal”⁸⁹. Ou seja, a origem comum pode ser próxima ou remota, sem que isso descaracterize os direitos individuais homogêneos.

Luiz Fernando Belinetti entende que os direitos individuais homogêneos são “interesses divisíveis de pessoas determináveis, que o ordenamento permite serem tratados englobadamente e de forma indivisa por derivarem de uma origem comum, decorrente de relações jurídicas base que nascem posteriormente à lesão a um bem jurídico protegido por um interesse difuso ou coletivo”⁹⁰.

⁸⁸ BELINETTI, Luiz Fernando. Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 668.

⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 806.

⁹⁰ BELINETTI, Luiz Fernando. Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 671.

Aponta como aspecto subjetivo a origem comum, que consiste na existência de relação jurídica base com a parte contrária, e a determinabilidade dos componentes do grupo a que diz respeito o interesse. Quanto ao aspecto subjetivo, se afasta da unanimidade da doutrina, apontando como característica a indivisibilidade do bem jurídico, pois “embora existam várias ofensas, são elas visualizadas englobadamente – daí a indivisibilidade, porquanto um único provimento a todos aproveita, e a partir dele cada um pode individualizar o seu interesse em ações individuais”⁹¹.

Estes direitos não são, a rigor, transindividuais, mas individuais, visto decorrerem de relações de massa, cuja tutela é possível de ser realizada utilizando a técnica coletiva, permitindo a redução de custos ao Judiciário ao evitar milhares de ações com o mesmo objeto, além de tornar o trabalho mais célere; bem como permitir a superação das vantagens possuídas por litigantes habituais ou mais fortes, como grandes empresas⁹².

O vínculo entre os indivíduos titulares de direitos homogêneos é meramente fático e casual, não possuindo elementos aptos a defini-los como transindividuais⁹³.

A divisibilidade dos direitos homogêneos é claramente observável, sendo considerados indivisíveis apenas quanto à tutela jurisdicional coletivamente buscada, obtendo-se uma sentença genérica. Tanto é assim que, quando da liquidação e execução seguintes à sentença, cada titular devera demonstrar o seu prejuízo pessoal e o nexos causal, para só então receber a reparação, que também é individual.

Em sentido contrário, Hugo Nigro Mazzilli entende que os interesses individuais homogêneos “não deixam de ser também interesses coletivos”⁹⁴.

⁹¹ BELINETTI, Luiz Fernando. Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. P. 670.

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p 306.

⁹³ VENTURI, Elton. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n. 5.130-2009. In: CALMON, Petrônio; *et al.* (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 194.

⁹⁴ MAZZILLI, Hugo Nigri. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 56.

Elton Venturi nota que, no modelo brasileiro, não se exige a homogeneidade do grupo de referente aos titulares, mas apenas a homogeneidade quanto à origem dos direitos individuais ⁹⁵.

4.5 COMAPARTIVO ENTRE AS ESPÉCIES DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Apresentadas as diferentes figuras, cabe agora diferenciá-las. Note-se que o sistema criado pelo ordenamento pátrio para a tutela de direitos coletivos permite a proteção de todas as formas de direito transindividual, se já ela qual for. Contudo, isso não elimina a necessidade de diferenciação das figuras, visto que são estas que determinam, por exemplo, a extensão da coisa julgada.

Os direitos difusos e coletivos (estes em sentido estrito, definido no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor), são tipicamente transindividuais, não pertencendo a um indivíduo determinado ou de forma isolada. Não é possível assim, confundir tais direitos com o somatório dos direitos individuais dos membros do grupo ou classe.

A diferença reside na determinabilidade dos sujeitos titulares do direito. Enquanto os direitos difusos pertencem a pessoas indeterminadas, dissolvidas na sociedade, os direitos coletivos, tem como titular um grupo, classe ou categoria de pessoas, que estão ligadas entre si ou ao violador do direito por uma relação jurídica base. Deste modo, é possível definir a parcela da população que possui o direito em questão, independente deste grupo ser organizado ou não. Podem ser citados como exemplos de direitos difusos o direito ao meio ambiente, o direito à saúde e o direito à cultura. No campo dos direitos coletivos, indivisíveis porém com sujeitos determinados (ou determináveis), temos como exemplos o direito do consumidor à informação adequada, o direito dos índios ao seu território e o direito de certa classe de trabalhadores a um ambiente de trabalho sadio ⁹⁶.

⁹⁵ VENTURI, Elton. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n. 5.130-2009. In: CALMON, Petrônio; *et al.* (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 198.

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 306-307.

Em virtude da determinabilidade dos sujeitos, ligados por relações jurídico-formais, é possível referir-se a agrupamentos de classe ou categorias quando se trata de direitos coletivos, sendo que o mesmo não é possível em relação aos direitos difusos, onde os sujeitos são indeterminados e indetermináveis, sem haver uma relação formal entre eles⁹⁷.

Os direitos individuais homogêneos, por sua vez, diferente das outras figuras, são, em verdade, direitos individuais, podendo ser facilmente divididos e atribuídos a titulares específicos, que poderiam pleiteá-los de forma autônoma e individual.

Ocorre que, como são uniformes para todos os titulares, já que nascidos de fatos iguais, admitem tutela coletiva, em uma única ação. Isto se faz, inclusive, para evitar decisões contraditórias de casos que são, essencialmente, os mesmos.

A relação jurídica que une os indivíduos em torno de uma pretensão coletiva deve preexistir a potencial lesão do direito do grupo. Se esta relação surgir em virtude da lesão ou ameaça de lesão de direitos, se estará diante de direitos individuais homogêneos, e não coletivos em sentido estrito⁹⁸.

Hugo Nigro Mazzilli destaca que os direitos coletivos e difusos se aproximam no tocante a indivisibilidade do objeto. São diferentes, contudo, quanto à origem da lesão e pela abrangência do grupo. Enquanto os direitos difusos se originam de uma situação fática comum, possuindo titulares indetermináveis, os direitos coletivos derivam de uma relação jurídica base comum a todos seus membros, que podem ser determinados (ou, ao menos determináveis), devido a esta relação⁹⁹.

Indica também o ponto de contato entre os direitos coletivos e os direitos individuais homogêneos: ambos possuem um grupo de pessoas determinado ou determinável, mas distinguem-se no tocante a divisibilidade do interesse. Enquanto

⁹⁷ VENTURI, Elton. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n. 5.130-2009. In: CALMON, Petrônio; *et al.* (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 185.

⁹⁸ VENTURI, Elton. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n. 5.130-2009. In: CALMON, Petrônio; *et al.* (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 186.

⁹⁹ MAZZILLI, Hugo Nigri. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 55.

nos direitos coletivos o interesse é indivisível, nos individuais homogêneos ele é perfeitamente divisível.¹⁰⁰

Por fim, nota que tanto nos casos envolvendo direitos difusos quanto nos que envolvem direitos individuais homogêneos, a relação jurídica é questionada apenas como causa de pedir, com vistas à reparação de um dano fático, enquanto que, nos direitos coletivos, a lesão ao grupo vem diretamente da relação jurídica questionada no objeto da ação¹⁰¹.

¹⁰⁰ MAZZILLI, Hugo Nigri. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 55.

¹⁰¹ MAZZILLI, Hugo Nigri. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 57.

5 TUTELA DE DIREITOS DIFUSOS ATRAVÉS DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Como visto, o mandado de segurança coletivo se preza a defesa de direito líquido e certo de partidos políticos que possuam representação no Congresso Nacional, no tocante a interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação que em funcionamento há pelo menos, um ano, para defesa da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, contra atos lesivos, efetiva ou potencialmente, do Poder Público, respeitadas as ressalvas já feitas anteriormente.

Os direitos líquidos e certos passíveis de tutela através do mandado de segurança coletivo, nos termos do parágrafo único do artigo 21 da Lei 12.016/2009, são os direitos coletivos e os individuais homogêneos dos entes legitimados para sua interposição.

É evidente, aqui, a exclusão dos direitos difusos do rol de direitos garantidos pelo *mandamus* coletivo.

Tal exclusão gerou grande debate entre os operadores do direito, havendo aqueles que a julgam adequada e aqueles que a entendem como infundada, chegando mesmo a ser inconstitucional.

Ao refletir sobre a nova lei do mandado de segurança, José Maria Rosa Tesheiner entendeu que, a Constituição, ao legitimar os partidos políticos para a impetração de mandado de segurança coletivo, estendeu-se a proteção do *writ* também aos direitos difusos. Explica o autor que “ao admitir, sem qualquer restrição, a impetração de mandado de segurança coletivo por partido político, a Constituição outorgou-lhes legitimidade para a tutela dos chamados direitos difusos, pois são exatamente esses os ‘direitos’ a cuja defesa se propõe”¹⁰². Os partidos políticos possuem fins gerais, dizendo respeito à criação ou a aplicação do direito objetivo, isto é, dos chamados direitos difusos.¹⁰³ Assim a restrição delimitada pela lei infraconstitucional contrária a constituição, pois limita seu objeto.

¹⁰² TESHEINER, José Maria Rosa. Mandado de segurança coletivo. **Revista de processo**, ano 35, n. 182, p. 9-16, abril, 20110. p. 12-13.

¹⁰³ TESHEINER, José Maria Rosa. Mandado de segurança coletivo. **Revista de processo**, ano 35, n. 182, p. 9-16, abril, 20110. p. 14.

Segundo Fredie Didier Jr., a exclusão é flagrantemente inconstitucional. Qualquer restrição ao mandado de segurança deve ser compreendida como restrição a direito fundamental, e, como tal, deve ser justificada constitucionalmente¹⁰⁴.

A ação coletiva para tutela de direitos difusos e coletivos é regida pelo sistema criado pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo considerado um conjunto de ações, que podem ser utilizadas sempre que demonstrarem adequadas à proteção de qualquer destes direitos¹⁰⁵.

Tanto é assim que o Código de Defesa do Consumidor estabelece, em seu artigo 83, que são admissíveis todos os tipos de ação passíveis de propiciar tutela efetiva. Explica Kazuo Watanabe, a esse respeito, que do sistema processual pátrio, tal como esta estruturado, é possível extrair que “nele existe, sempre, uma ação capaz de propiciar, pela adequação de seu provimento, a tutela efetiva e completa de todos os direitos dos consumidores”¹⁰⁶.

Desde antes da edição da lei 12.016/2009, o entendimento jurisprudencial era de que o mandado de segurança coletivo era cabível para a tutela de direitos difusos, por fazer parte de um microssistema de tutela destes direitos, sendo que este entendimento ainda vigente. Neste sentido, veja-se a posição do Superior Tribunal de Justiça:

“A carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle de atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do artigo 37 da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microssistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a ação popular, a ação civil pública e o mandando de segurança coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas” (STJ, AGA 200902248850, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA: 09/09/2010)¹⁰⁷.

¹⁰⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Mandado de segurança coletivo e os direitos difusos**. Art. 21, parágrafo único, da Lei 12.016/2009. Interpretação conforme a Constituição Federal. Disponível em: www.processoscoletivos.nte/ve_artigo.asp?id=13. Acesso em : 13.10.2013.

¹⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 313.

¹⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 835.

¹⁰⁷ Este entendimento já perdura a longo prazo no STJ, como se percebe dos seguinte julgados: REsp 401964, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 11/11/02; RESP 200801872713, LUIZ FUX, STJ -

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery também entendem cabível a tutela de direitos difusos pelo mando de segurança coletivo, sendo descabida a vedação da lei ordinária. Explicam os autores que o texto constitucional que prevê o regramento do direito material à segurança “não restringe o alcance desse direito fundamental a qualquer espécie de direito, donde é lícito concluir que quando a lei não distingue não cabe ao interprete fazê-lo”. Complementam afirmando que “não teria sentido” a proteção dos direitos metaindividuais, em vistas de sua magnitude, “ser dada pela Constituição de modo ‘inferior’ à proteção dos direitos das pessoas físicas e jurídicas prevista na legislação infraconstitucional”¹⁰⁸.

Ademais, o rol de direitos tuteláveis trazido pelo parágrafo único da Lei 12.016/2009, em seu entender, seria meramente exemplificativo, e não exaustivo, visto não estarem presentes na dicção da norma nenhum dos advérbios normalmente utilizados para explicitar o caráter fechado do rol apresentado (expressões como “apenas”, “só”, “somente” etc.). Desta forma, não estaria excluída a defesa de direitos difusos através do *mandamus* coletivo, até porque, segundo os autores, se fosse este o caso, tal restrição seria inconstitucional, pois o inciso LXIX do artigo 5º da Constituição, que regula a matéria, o faz sem nenhuma restrição¹⁰⁹.

Esta posição reverbera com o entendimento dos Tribunais, que não admitem que o interprete restrinja o que não foi restringido em lei. Neste sentido:

De acordo com disposto no art. 5º, inciso LXX, alínea 'b' da Constituição Federal, o mandado de segurança coletivo poderá ser impetrado por "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", não fazendo qualquer distinção entre a natureza do direito a ser amparado, podendo ser ele individual, coletivo ou difuso. Logo, não compete ao intérprete restringir o que a lei não restringiu. (...). (AI 00129004420104030000,

PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:06/11/2009; RESP 200602590289, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:17/12/2008; RESP 200601525703, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA:15/10/2007; RESP 200601045743, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA:20/11/2006; ente outros. Tal entendimento também está presente nos Tribunais inferiores: AC 200471010021551, CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, TRF4 - TERCEIRA TURMA, DJ 08/03/2006.

¹⁰⁸ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1647.

¹⁰⁹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1647-1648.

DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR, TRF3 -
PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 13/01/2012).

Também compartilham desse entendimento Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássio Corrêa de Vasconcelos. Segundo os autores, não possui razão o legislador em retirar os direitos difusos da abrangência do mandado de segurança coletivo. Explicam que é possível que os entes legitimados podem ter, dentre seus fins institucionais, a proteção de direitos que atinjam todos seus membros ou afiliados, de forma indivisível, sem que haja uma relação jurídica base entre eles (ou entre eles e a parte contrária). E vão além, apontando que o próprio regime democrático é um direito difuso, e sua proteção não poderia ser excluída dos partidos políticos. Finalizam defendendo que se deve desconsiderar a omissão legal, aceitando-se o mandado de segurança coletivo para a tutela de direitos difusos ¹¹⁰.

Em sentido contrário, Hely Lopes Meirelles não admite o uso do mandado de segurança coletivo para a tutela de direitos difusos. Segundo do autor, o mandado de segurança só cabe nos casos em que exista direito líquido e certo dos associados da entidade que pretende ingressar com a ação. Por não contarem com esta certeza e liquidez, os direitos difusos não poderiam ser protegidos pelo *mandamus* coletivo, devendo ser utilizada a ação civil pública para sua proteção ¹¹¹.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari compartilha este entendimento, advogando que os direitos difusos prescindem da liquidez e certeza necessárias para o ajuizamento do *writ* coletivo, sendo estes direitos protegidos pela ação civil pública ¹¹².

Neste mesmo sentido, ou seja, contrário à utilização do mandado de segurança coletivo para defesa de direitos difusos, Athos Gusmão Carneiro entende que o elemento definidor do mandado de segurança coletivo não é a defesa do direito de vários titulares, mas a defesa dos direitos homogêneos dos sujeitos pertencentes a uma coletividade, “sujeitos de direito ainda indetermináveis quando

¹¹⁰ VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de; WAMBIER, Luiz Rodrigues. O mandado de segurança na disciplina da Lei 12.016, de 07.08.2009. **Revista de Processo**. Ano 34, n. 177, p. 185-208, novembro, 2009. p. 204.

¹¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.p. 30.

¹¹² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 725.

do ajuizamento do *writ*, mas necessariamente determináveis quando da execução da ordem, se concedida”¹¹³.

Assim, o mandado de segurança coletivo não se prestaria a defesa de direitos difusos, visto que uma de suas características essenciais é justamente a indeterminabilidade do grupo detentor do direito.

Este argumento, contudo, é refutado por André Vasconcelos Roque e Francisco Carlos Duarte. Explicam os autores que, esta interpretação parte de uma análise distorcida da expressão “direito líquido e certo”, segundo a qual interesses não poderiam ser comprovados de plano, inviabilizando a utilização do *mandamus* coletivo. Ocorre que no ordenamento jurídico brasileiro, como já demonstrado, não há distinção entre direitos e interesses. Além disso, a certeza e liquidez exigidas para a impetração do mandado de segurança se refere exclusivamente a capacidade de demonstração das alegações do impetrante por meio de prova documental pré-constituída. Asseveram os autores que:

“uma vez constatado que as alegações da impetração são aferíveis de plano, cabível será o *mandamus* coletivo, pouco importando se a pretensão formulada veicula, segundo concepção individualista, um direito subjetivo propriamente dito ou um mero interesse, também passível de tutela jurisdicional”¹¹⁴.

Continuam os autores, esclarecendo que:

“Assim, nem mesmo eventual aplicação subsidiária das normas atinentes ao *writ* individual representaria obstáculo para a tutela de direitos difusos através do mandado de segurança coletivo. A condição específica da existência de um direito líquido e certo, longe de exigir que a impetração veicule necessariamente um direito individualizável ou pelo menos titularizado por categorias ou grupos bem determinados, possui significado eminentemente procedimental, a impedir a realização de instrução probatória. Qualquer entendimento em sentido contrário não estará afinado com a máxima

¹¹³ CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o mandado de segurança coletivo, nos termos da Lei 12.016/2009. **Revista de Processo**. Anos 34, n. 178, p. 9-46, dezembro, 2009. p.13-15.

¹¹⁴ DUARTE, Francisco Carlos; ROQUE, André Vasconcelos. Aspectos polêmicos do mandado de segurança coletivo: evolução ou retrocesso. **Revista de processo**. Ano 37, vol. 203, p. 39-72, janeiro, 2012. p. 52.

potencialidade do mandado de segurança conferida pela constituição”¹¹⁵.

Para além disso, entendem os autores que a defesa dos direitos difusos pela via mandamental decorre de uma abertura do processo coletivo no ordenamento pátrio, decorrente do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor. Segundo esta regra, não apenas para a defesa dos direitos difusos, mas também dos coletivos e dos individuais homogêneos, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva proteção. Desta forma, a “sua aplicabilidade ao *writ* coletivo para a defesa de direitos difusos, portanto, será infestável sempre que se verificar a adequação e efetividade de tal via processual, como resultado da aplicação sistemática das fontes legislativas sobre ações coletivas”¹¹⁶.

Elton Venturi, a seu turno, traz outro aspecto a esta discussão, analisando-a sob o prisma do acesso a justiça. Entende o autor que a legislação, ao conceituar cada um dos direitos transindividuais, acaba por gerar uma série de debates e especulações acerca da tipologia e dos pressupostos de admissibilidade jurisdicional de cada um deles, que acabam resultando em generalizações. Estas generalizações, por sua vez, acabam invariavelmente, restringindo ou inviabilizando a tutela coletiva¹¹⁷.

Assevera o autor que, independente do enquadramento do direito em alguma das categorias apresentadas, a tutela de um acaba importando a tutela do outro, em virtude do tratamento dado a coisa julgada em sede de ação coletiva. Nestes casos, os efeitos da coisa julgada são extensíveis *erga omnes*, a fim de beneficiar todos os envolvidos, sejam eles uma comunidade, no caso dos direitos difusos, os integrantes de um grupo, classe ou categoria, em se tratando de direitos coletivos, ou de vítimas, no caso dos direitos individuais homogêneos¹¹⁸.

¹¹⁵ DUARTE, Francisco Carlos; ROQUE, André Vasconcelos. Aspectos polêmicos do mandado de segurança coletivo: evolução ou retrocesso. **Revista de processo**. Ano 37, vol. 203, p. 39-72, janeiro, 2012. p. 52.

¹¹⁶ DUARTE, Francisco Carlos; ROQUE, André Vasconcelos. Aspectos polêmicos do mandado de segurança coletivo: evolução ou retrocesso. **Revista de processo**. Ano 37, vol. 203, p. 39-72, janeiro, 2012. p. 54.

¹¹⁷ VENTURI, Elton. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n. 5.130-2009. In: CALMON, Petrônio; *et al.* (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 200-202.

¹¹⁸ VENTURI, Elton. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n. 5.130-2009. In: CALMON, Petrônio; *et al.* (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 202.

Coaduna com este entendimento Cassio Scarpinella Bueno, para quem esta categorização acaba, quase sempre, por levar a “indesejáveis decisões de ilegitimidade dos entes que, de acordo com o ‘modelo constitucional’, apresentam-se, suficientemente, como adequados representantes de categorias, classes ou grupos de pessoas em juízo” ¹¹⁹. Continua o autor, apontando que:

“as intermináveis discussões sobre o que são interesses ou direitos ‘difusos’, ‘coletivos’ e ‘individuais homogêneos’ para definir quem pode dar início a um ‘processo coletivo’ têm ocasionado uma verdadeira e constante inversão de valores na escolha feita, desde a Constituição Federal, sobre quem são os legitimados ativos para aquele mesmo fim. E pior: a maioria delas acaba com o não reconhecimento da legitimidade ativa e, conseqüentemente, com a frustração no exame do pedido de tutela jurisdicional feito ao Estado-Juiz” ¹²⁰.

Diante deste quadro, destaca o autor que os direitos difusos, bem como os coletivos e individuais homogêneos, não podem ser tratados como classes ou tipos de direitos estanques, sem relação entre si. Entende que eles são, na verdade, “apenas modelos apriorísticos, pré-concebidos, que justificam, (...), a *necessidade* da tutela jurisdicional coletiva” ¹²¹ (grifos no original), concluindo pela possibilidade de tutela dos direitos classificados como difusos pela via do mandado de segurança coletivo.

Além disso, o sistema processual brasileiro é pautado pela inafastabilidade da prestação jurisdicional quanto à lesão ou ameaça de lesão a direito, princípio este com força constitucional¹²². Assim sendo, a tipificação de direitos não poderia “obscurecer a *atipicidade* da própria prestação jurisdicional, concebida como função estatal essencial e, neste sentido, imune a quaisquer restrições impostas à apreciação de lesão ou ameaça a direitos” ¹²³.

¹¹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 167-168.

¹²⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 168.

¹²¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 171.

¹²² Conforme o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹²³ VENTURI, Elton. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n. 5.130-2009. In: CALMON, Petrônio; *et al.* (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 202-203.

O atendimento de pedido de tutela coletiva não pode, assim, ser reduzido pela necessidade de um rígido enquadramento conceitual, devendo o ordenamento fomentar o acesso à justiça pela via coletiva, e não inviabilizá-lo por amarras teóricas.¹²⁴

¹²⁴ VENTURI, Elton. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n. 5.130-2009. In: CALMON, Petrônio; *et al.* (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 173.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde sua consignação na Constituição de 1988, o mandado de segurança coletivo vem sendo recepcionado pela jurisdição, mesmo sem regulação infraconstitucional, aplicando-se o aspecto procedimental do mandado de segurança individual, e as regras referentes a ações coletivas inseridas na Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor.

Foi apenas em 2009 que o instituto finalmente recebeu regramento específico, com a promulgação da Lei 12.016. Esta, contudo, não foi recebida sem polêmicas.

Com diversos dispositivos que, no entendimento doutrinário, limitam de forma indevida o instituto, a lei segue recebendo fortes críticas.

Uma das mais severas refere-se à retirada dos direitos difusos do rol de direitos garantidos por meio do *mandamus* coletivo.

Conforme demonstrado, não há motivos contundentes para se operar tal exclusão. O mandado de segurança é ação civil de rito especial, destinada a afastar ofensa de direito líquido e certo, individual ou coletivo, oriunda de ato de autoridade ou de omissões desta. Mais do que isso, ele é direito e garantia fundamental, consignado constitucionalmente.

Deste modo, deve receber a maior amplitude possível, com medidas que ampliem seu raio de aplicação, permitindo a defesa do maior número de direitos possível.

A garantia dos direitos fundamentais é dever do Estado, que não pode limitá-los senão em sede constitucional. Qualquer restrição a direitos fundamentais que não advenha da própria Carta não pode ser considerada válida, diante da evidente inconstitucionalidade.

Neste sentido, explicam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

“Vale dizer que a concepção do mandado de segurança como um direito fundamental vincula o Estado (...) a conferir a essa figura a maior eficácia possível. Elimina-se, com isso, a possibilidade de outorgar qualquer interpretação ao procedimento do mandado de segurança – não extraída diretamente do texto constitucional – que possa limitar, inviabilizar ou neutralizar seu uso em caso específico. Mais do

que isso, torna-se *inconstitucional* qualquer negligência do Estado em conferir a este instrumento a mais ampla, irrestrita, eficaz e adequada aplicação.”¹²⁵

O mandado de segurança coletivo não visa apenas proteger direito líquido e certo contra ameaça ou lesão efetiva, operada por autoridade pública, ele é também um instrumento de acesso à justiça, permitindo que grupos inteiros possam salvaguardar seus direitos contra atos abusivos ou ilegais da Administração Pública.

Isto porque reforma do direito substancial é inocua se não for acompanhada de reformas dos instrumentos processuais que garantam estes direitos¹²⁶. Em outros termos, a mera enumeração de direitos em nada resolve o problema se estes direitos não forem acompanhados de mecanismos que permitam a sua tutela jurisdicional.

As reformas processuais podem ser divididas em três momentos, cada um buscando superar um determinado obstáculo. A primeira reforma tratou da busca da assistência judiciária aos menos favorecidos, buscando superar o obstáculo econômico do acesso à justiça. Num segundo momento, tratou-se do problema da representação de certos direitos ou interesses difusos, não tuteláveis de forma adequada através dos institutos tradicionais do processo civil. Por fim, buscou-se um enfoque do acesso a justiça, que buscou superar obstáculo processuais propriamente ditos, com alterações nas formas de procedimento, ampliando as duas primeiras reformas¹²⁷.

O que se evidencia com isso é que a dogmática processual não pode se converter em uma abstração vazia, mas deve servir de meio para que o direito se concretize na justiça¹²⁸.

O processo não pode se fechar em seu castelo de nuvens, alheio ao que acontece na realidade que deveria regular. A análise dos institutos não deve se

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 235.

¹²⁶ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p.144-160, nota 5, *apud* BASTOS, Lucília Isabel Candini. **Mandado de segurança coletivo**: legitimidade ativa e objeto. Curitiba: Juruá, 2007. p. 23.

¹²⁷ BASTOS, Lucília Isabel Candini. **Mandado de segurança coletivo**: legitimidade ativa e objeto. Curitiba: Juruá, 2007. p. 23-28.

¹²⁸ CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil**: compreensão crítica. Curitiba: Juruá Editora, 2002. p. 119.

limitar dos dispositivos processuais, mas devem levar em conta a realidade social, sendo compreendidos à luz desta, já que é para ela que foram predispostos ¹²⁹.

É neste contexto que se insere o mandado de segurança coletivo. Enquanto instrumento de efetivação de tutela social, permite que comunidades ou grupos inteiros defendam seus direitos de forma uníssona e conjunta, contra atos da administração que atinjam a todos de igual forma.

O *mandamus* coletivo permite a tutela rápida e eficaz de grupos inteiros, não apenas porque evita que milhares de ações com um mesmo objeto lotem o Poder Judiciário, mas também porque permitem que a todos estes seja dada uma única resposta, comum a todos, evitando decisões contraditórias acerca de um mesmo tema.

Além disso, a tutela do mandado de segurança é célere, visto a limitação da instrução probatória e a prioridade dada ao seu tramite judicial ¹³⁰.

Diante disto, resta incabível e infundada a retirada dos direitos difusos do rol de direitos que podem se tutelados pelo *writ*. As demais opções para tutela de direitos difusos, como a ação civil pública, embora permitam uma instrução probatória mais ampla, aceitando a produção de outras provas que não a documental, carece da velocidade dada ao mandado de segurança.

Assim, a utilização da ação civil pública não substitui o papel exercido pelo mandado de segurança, sendo, a depender do caso, apenas uma alternativa inferior, carente da celeridade que é necessária à tutela buscada.

O mandado de segurança coletivo, visando à proteção de direitos difusos, não pode ser negado pelo sistema processual, em virtude tanto de seu status constitucional como de sua serventia insubstituível e indispensável na proteção destes direitos.

Ademais, estando garantida constitucionalmente a tutela jurisdicional de todos direitos subjetivos, não é possível aceitar que o emprego de ações coletivas sofra restrições decorrentes de um conceitualismo excessivamente rígido. Nesse sentido, assevera Elton Venturi:

¹²⁹ CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil**: compreensão crítica. Curitiba: Juruá Editora, 2002. p. 120.

¹³⁰ Lei 12.016, Art. 20: “Os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo habeas corpus. (...)”.

“o que se deve inferir é que os direitos metaindividuais não são passíveis de proteção jurisdicional pelo fato de serem tipificados e conceituados como difusos, coletivos e individuais homogêneos pela legislação infraconstitucional (Código de Defesa do Consumidor), mas sim pelo fato de constituírem direitos subjetivos constitucionalmente assegurados, cuja necessidade de tutela avulta em função de sua relevância social”¹³¹.

Finaliza o autor explicando que, para a tutela jurisdicional de direitos transindividuais, mais importante é a análise das condições de admissibilidade da pretensão pela via coletiva do que descobrir de que tipo de direito se trata (difuso, coletivo, individual homogêneo). Ou seja, o que importa, efetivamente, é a “verificação da conjugação entre a presunção de legitimidade (*ex lege*) da entidade coatora e a verificação do interesse em se obter, concreta e indivisivelmente, resposta jurisdicional a pretensões processuais transindividuais, para fins de viabilização da tutela coletiva”¹³².

Por tudo, cabe à doutrina e a jurisprudência evitar que a tentativa de amesquinhar o instituto não triunfe, aplicando-o a luz das normas constitucionais, salvaguardando esta importante peça do sistema de tutela coletiva nacional.

¹³¹ VENTURI, Elton. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n. 5.130-2009. In: CALMON, Petrônio; *et al.* (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 203.

¹³² VENTURI, Elton. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n. 5.130-2009. In: CALMON, Petrônio; *et al.* (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 204-205.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Lucília Isabel Candini. **Mandado de segurança coletivo**: legitimidade ativa e objeto. Curitiba: Juruá, 2007.

BELINETTI, Luiz Fernando. Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de direito processual civil**: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova lei do mandado de segurança**. 2. Ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUZUID, Alfredo. **Considerações sobre o mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992.

CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil**: compreensão crítica. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

CARDOSO, Amaral Sidney. Ação civil pública: fundamentos constitucionais para a adoção de legitimidade *ad causam* aberta na tutela jurisdicional do meio ambiente. In: BARRAL, Welber; ANDRADE, Henri Clay (org.). **Inovações no processo civil**. Florianópolis: OAB/SE, 1999

CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o mandado de segurança coletivo, nos termos da Lei 12.016/2009. **Revista de Processo**. Anos 34, n. 178, p. 9-46, dezembro, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Os “writs” na constituição de 1988**: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, habeas corpus, ação popular. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Mandado de segurança coletivo e os direitos difusos**. Art. 21, parágrafo único, da Lei 12.016/2009. Interpretação conforme a Constituição Federal. Disponível em: www.processoscoletivos.nte/ve_artigo.asp?id=13. Acesso em : 13.10.2013.

DUARTE, Francisco Carlos; ROQUE, André Vasconcelos. Aspectos polêmicos do mandado de segurança coletivo: evolução ou retrocesso. **Revista de processo**. Ano 37, vol. 203, p. 39-72, janeiro, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANBE, Kazuo, NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LOPES, Mauro Luís Rocha. **Comentários à nova lei do mandado de segurança**. Niterói: Impetus, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigri. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 21ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MONNERAT, Carlos Fonseca; VERRÍSSIMO, Marcos Neves. Primeira impressões sobre o novo mandado de segurança – Lei 12.016/2009. **Revista de processo**, ano 35, n 182, p. 215-233, abril, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data** (constituição e processo). Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PEREIRA, Thiago Merege. **Mandado de segurança coletivo**: legitimidade, objeto e coisa julgada. 139 f. Tese (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade federal do Paraná. Curitiba, Paraná, 2012.

ROQUE, André Vasconcelos origens históricas da tutela coletiva. **Revista de processo**, ano 35, n 188, p. 101-146, outubro, 2010

SALLES, Carlos Alberto de. *Class actions*: algumas premissas para comparação. **Revista de Processo**, ano34, n. 174, p. 215-236, Agosto, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33ª ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

TESHEINER, José Maria Rosa. Mandado de segurança coletivo. **Revista de processo**, ano 35, n. 182, p. 9-16, abril, 20110.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de; WAMBIER, Luiz Rodrigues. O mandado de segurança na disciplina da Lei 12.016, de 07.08.2009. **Revista de Processo**. Ano 34, n. 177, p. 185-208, novembro, 2009.

VENTURI, Elton. O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o projeto de lei n. 5.130-2009. In: CALMON, Petrônio; CIANCI, Mirna; GOZZOLI, Maria Clara; QUARTIERI, Rita (coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010