

A TUTELA DOS DIREITOS DIFUSOS ATRAVÉS DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

THE PROTECTION OF DIFFUSE RIGHTS THROUGH COLLECTIVE WRIT OF MANDAMUS

Marcos Akira Mizusaki¹

RESUMO

A presente pesquisa busca apresentar os fundamentos jurídicos que permitem a proteção dos direitos difusos através do mandado de segurança coletivo, inclusive pelo Ministério Público. O objetivo é demonstrar que embora a lei nº 12.016/09 tenha omitido a proteção dos direitos difusos através *mandamus* coletivo, isso não implicou na sua exclusão, podendo os seus legitimados exercerem sua proteção judicial. Aponta-se, ainda, que o Ministério Público, conquanto não incluído tipicamente pela Constituição, também é legitimado ativo no mandado de segurança coletivo. Inicialmente, será demonstrado a origem, natureza jurídica e conceito do mandado de segurança. Em seguida, no intuito de desenvolver a tarefa, será abordado os pressupostos do mandado de segurança, seja individual ou coletivo, envolvendo a legitimidade ativa e passiva, a ilegalidade ou abuso de poder praticado pela autoridade, e o indispensável requisito direito líquido e certo. Na sequência, abordaremos as características do mandado de segurança coletivo, em especial no que tange à legitimidade ativa e o seu objeto de tutela, que podem ser difuso, coletivo ou individual homogêneo.

PALAVRAS-CHAVE: Mandado de segurança coletivo; Ministério Público; Interesses Transindividuais.

¹ Promotor de Justiça. Graduado em Direito pela antiga Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente (1992). Especialista em Interesses difusos e coletivos pela Escola Superior do Ministério Público (1999). Professor convidado do curso de pós-graduação em Gestão Ambiental da Unoeste – Universidade do Oeste Paulista. Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – PR.

ABSTRACT: This research aims to present the legal grounds that enable the protection of diffuse rights through collective writ of mandamus, including by public prosecutor. The objective is to demonstrate that although the law 12.016/09 omits the protection of diffuse rights through collective mandamus, this did not result in their exclusion, may exercise their judicial protection. It is pointed out also that the public prosecutor, although not typically included in the Constitution, is also active in legitimate collective writ of mandamus. Initially, it will be demonstrated the origin, nature and concept writ of mandamus. Then, in order to develop the task, we will address the assumptions writ of mandamus, whether individual or collective, involving active and passive legitimacy, illegality or abuse of power practiced by the authority, and the unquestionable clear legal right. Following, we discuss the characteristics of the collective writ of mandamus, especially with regard to the active legitimacy and its object of protection, which may be diffuse, collective or individual homogeneous.

KEYWORDS: Collective writ of mandamus; Public Prosecutor; Transindividual interests.

1. Introdução

Após ser introduzido no sistema jurídico brasileiro há 80 anos, o mandado de segurança tem se mostrado um valioso instrumento à disposição da sociedade contra atos abusivos ou ilegais praticados pelo poder público. Neste período, milhares de atos administrativos foram questionados perante o Judiciário com esse instrumento, com sucesso em grande parte deles. Por conta desta demanda considerável, o Supremo Tribunal Federal editou neste período, mais de 25 súmulas relacionadas ao mandado de segurança, além de outras dezenas editadas pelos demais Tribunais Superiores.

Isso representou e representa, sem dúvida, relevante papel no Estado de Direito, onde descumprimentos da lei por Autoridades Públicas são questionados e, sobretudo reconhecidos por um outro poder (Judiciário) independente. Esta íntima ligação entre o mandado de segurança e Estado de Direito, previsto no artigo 1º da Constituição Federal, vem destacada por Eduardo Arruda Alvim. Para o autor, no Estado de Direito “a atividade do Poder Público deve pautar-se, estritamente, pelas balizas da legalidade. Se é possível conceber-se o Estado

de Direito sem a garantia do mandado de segurança, a recíproca não é verdadeira. Isto é, apenas em um legítimo Estado de Direito é possível conceber-se a garantia como o do mandado de segurança” (ALVIM, 2010, p. 27).

Depois de seu nascimento com a Constituição de 1934, o mandado de segurança foi ignorado com a Constituição de 1937, mas reintroduzido com a Constituição de 1946. Com a Constituição de 1988, teve seu objeto ampliado, acrescido com o mandado de segurança coletivo.

Entretanto, este novo instrumento teve seu questionamento na doutrina e na jurisprudência, no que tange à legitimidade ativa e o objeto de tutela, num momento em que a proteção de massas vem ganhando espaço no sistema processual brasileiro. Após os notórios avanços legislativos com a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.068/90), e Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92), o Governo Federal passou agir na contramão, com nítido comportamento arbitrário, no sentido limitar à sociedade o acesso à justiça na tutela de seus interesses transindividuais. Somente a título de exemplos, citamos a lei nº 9.494/97, que alterou o artigo 16, da Lei 7.347/85, restringindo de forma confusa os efeitos da coisa julgada, e a Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001, em que o Governo Federal incluiu o parágrafo único na Lei da Ação Civil Pública, proibindo o uso da referida ação para proteção de interesses metaindividuais que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional, cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. Neste último caso, o retrocesso foi semelhante ao de 1939, onde o Código de Processo Civil da época limitou o uso do mandado de segurança em matéria de impostos e taxas.

Diante destas limitações legislativas, Nelson Nery Júnior (2013, p. 187s) esclarece que “essas normas têm de ser interpretadas conforme a Constituição. Se forem instrumentos impeditivos de o jurisdicionado obter a tutela jurisdicional adequada, estarão em desconformidade com a Constituição e o juiz deverá ignorá-las, concedendo a liminar independentemente de a norma legal proibir essa concessão”.

Retrocessos desta natureza representam verdadeiras violações ao princípio do *acesso à justiça*, considerado por Nicolò Trocker (1974, p. 699), um direito básico e seguramente um dos mais importantes dos direitos fundamentais. A propósito, como já advertiu Alexy (1986, p. 281), “princípios de direitos fundamentais exigem a proteção mais abrangente possível dos

bens protegidos, como, por exemplo, a proteção mais ampla possível da liberdade geral de ação, da integridade física, ou da competência para alienar a propriedade”.

O objetivo do presente estudo consiste em ampliar o acesso à justiça dos interesses transindividuais, considerando a sua relevância ao interesse público no que tange à tutela de massas. Com bem prelecionam os juristas Cappelletti e Garth (1988, p. 13), “o ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”.

O mandado de segurança coletivo, exceto no tocante a legitimidade e objeto, tem semelhante os demais requisitos com o mandado de segurança individual (ALVIM, 2010, p. 377). Destarte, com o presente trabalho, abordaremos a origem, natureza jurídica, conceito e pressupostos do mandado de segurança de forma genérica, que serve para ambos instrumentos, ou seja, individual e coletivo. Em seguida, será abordado em destaque no que toca à legitimidade ativa e o objeto do mandado de segurança coletivo. Ao final, apresentaremos as conclusões da proposta do presente artigo, no sentido que o instrumento mandado de segurança coletivo pode ser utilizado para a proteção de qualquer interesse transindividual, inclusive pelo Ministério Público.

2. Origem e natureza jurídica

A origem do mandado de segurança tem como principal influência o *habeas corpus*, previsto com a Constituição Republicana de 1891. O *habeas corpus* sempre teve como objeto a proteção do direito de liberdade do indivíduo, frente ao abuso do Estado, de modo que os juristas perceberam a existência de uma lacuna no sistema processual, carecendo de um outro instrumento para a tutela de direitos que não tivesse qualquer relação ao direito de liberdade (REMÉDIO, 2011, p. 205).

Diante da influência na doutrina brasileira da época (ALVIM, 2010, p. 13), e atendendo os anseios da comunidade jurídica e à natural pré-disposição deste instituto para o controle da ilegalidade ou abuso de poder pelo Poder Judiciário (ZANETI JR, 2001, p. 32s), o legislador constituinte de 1934 contemplou pela primeira vez no sistema brasileiro o mandado

de segurança, sendo regulamentado por norma infraconstitucional em 1936, pela lei federal nº 191.

Entretanto, em 1937, devido a incompatível existência do *mandamus* com os regimes autoritários da época, a Constituição Federal de 10 de novembro, denominada pejorativamente de “A Polaca”, não contemplou em seu texto a garantia do mandado de segurança (ZANETI JR, 2001, p. 33). O instrumento somente retornou em 1946, sendo mantido com as constituições posteriores de 1967 e 1969 (VIDAL SERRANO e MARCELO SCIORILLI, 2010, p. 11). Em 1988, a Constituição manteve o mandado de segurança, ampliando a possibilidade de seu uso para a tutela de interesses metaindividuais através de legitimados específicos (mandado de segurança coletivo).

O Código de Processo Civil de 1939, disciplinou o uso do instrumento, nos artigos 319 a 331, mas vedou o acesso à justiça “em matéria de impostos e taxas, exceto quando a lei estabelecesse providências restritivas da atividade profissional do contribuinte para assegurar a cobrança dos mesmos” (ALVIM, 2010, p. 24). Na sequência, em 1951, teve sua disciplina específica na através da lei nº 1.533, que vigorou até o ano de 2009, com o advento de recentemente regulamentação (lei nº 12.016/09), adequando-o à Constituição Federal de 1988 e ao novo instrumento criado (mandado de segurança coletivo).

Descobrir a natureza jurídica de um instituto, consiste em identificar qual é a sua posição no sistema jurídico e a sua localização no sistema (CRETELLA JÚNIOR, 1999, p.11). Como o *habeas corpus* ficou restrito à tutela do direito de liberdade do indivíduo, o campo de proteção residual do mandado de segurança se limitou ao controle dos atos administrativos no aspecto civil. Assim, como natureza jurídica do mandado de segurança, os juristas Vidal Serrano e Marcelo Sciorilli (2010, p. 12), esclarecem que o *mandamus* tem “natureza jurídica de ação civil de rito sumário especial. Independentemente da matéria nele veiculada (civil, penal, trabalhista, eleitoral, militar, previdenciária, tributária, etc), o *mandamus* será, sempre, ação de natureza civil”. Idêntica conclusão leciona Hely Lopes Meirelles (2004, p. 32). Segundo o autor, “qualquer que seja a origem ou natureza do ato impugnado (administrativo, judicial, civil, penal, policial, militar, eleitoral, trabalhista etc), o mandado de segurança será sempre processado e julgado como ação civil, no juízo competente”.

O seu rito segue o disposto na lei nº 12.016/09, aplicando-se, no que couber, as disposições do Código de Processo Civil, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.

Ainda sobre a natureza do instrumento, é precioso esclarecer que o Supremo Tribunal Federal acolheu tese semelhante, ao declarar que o mandado de segurança “é uma ação constitucional de índole civil, caracterizando-se como típica ação autônoma de impugnação” (apud REMÉDIO, 2011, p. 357).

3. Conceito

A Constituição Federal de 1988 manteve o instrumento mandado de segurança como as Constituições anteriores, ampliando o seu uso para a proteção de interesses metaindividuais, nos incisos LXIX e LXX, do artigo 5º, da seguinte maneira:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Ao regulamentá-la, a lei nº 12.016/09 praticamente reproduziu o texto constitucional em seu artigo 1º: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”. Além disso, a lei ampliou a figura da autoridade, equiparando “os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições” (artigo 1º, § 1º, da lei nº 12.016/09). Com propriedade, Lúcia Valle Figueiredo (2000, p. 16) comenta que a ampliação do uso do instrumento não se resumiu para a tutela de interesses transindividuais, estendendo a proteção à conduta de particulares no exercício de atribuições do Poder Público.

O *mandado* representa a ordem a ser expedida pela autoridade judiciária, com o escopo de cessar os efeitos do ato ou atos emanados da autoridade pública. Como bem ensina

José da Silva Pacheco (1998, p. 112), “mandado é ordem, determinação; segurança é o ato ou efeito de tornar livres os estorvos ou ameaças. Trata-se, pois, de mandamento judicial para ordenar ou determinar a remoção dos óbices ou sustar os seus efeitos, a fim de fluir, sem empecilho, direitos líquidos e certos”.

Nota-se que o constituinte brasileiro definiu o mandado de segurança de forma residual, conceituando a partir de critérios negativos ou excludentes, diante dos instrumentos *habeas corpus* ou *habeas data* (CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 15).

Dentre os inúmeros conceitos abordados por doutrinadores, destacamos a do saudoso Hely Lopes Meirelles. Para o saudoso jurista (MEIRELLES, 2004, p.21s), mandado de segurança “é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem suas funções que exerça”.

4. Pressupostos do mandado de segurança (individual e coletivo)

4.1. Legitimidade ativa

A lei nº 12.016/09 concede em seu artigo primeiro, legitimidade ativa para impetrar o mandado de segurança a qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira (com domicílio em território brasileiro), as universalidades patrimoniais reconhecidas por lei (como o espólio), que tenham sido violados em seus direitos líquido e certo (NUNES JÚNIOR e SCIORILLI, 2010, p. 35). Também podem se valer do mandado de segurança os entes despersonalizados, “uma vez que a ausência de personalidade jurídica não elimina a personalidade judiciária, a qual é suficiente para preencher o requisito da legitimidade. Desse modo, o ente despersonalizado (como a massa falida, o condomínio, o espólio ou a Câmara de Vereadores na defesa de seus interesses institucionais) poderá ingressar com mandado de segurança” (MEDINA e ARAÚJO, 2009, p. 42s).

A legitimação prevista no artigo 1º, da lei nº 12.016/09, se refere à legitimidade ordinária, de modo que, somente aquele que teve o seu direito violado é que pode fazer uso do

mandado de segurança. Sobre a legitimidade ativa do mandado de segurança coletivo, trataremos logo adiante em capítulo próprio (item 5.2).

4.2. Ilegalidade ou abuso de poder

A Constituição Federal, ao se referir à ilegalidade e ao abuso de poder, trouxe aparente tautologia, já que abuso de poder também não deixa de ser um ato ilegal. Contudo, isso aconteceu porque é comum na doutrina de direito público se referir à ilegalidade aos desvios de padrões da legalidade estrita (atos vinculados), e abuso de poder, quando a autoridade administrativa ultrapassa os limites estabelecidos aos atos que concedem uma margem de liberdade de apreciação (atos discricionários).

Atos *vinculados* ou *regrados*, segundo Hely Lopes Meirelles (1995, p. 149), consistem naqueles em que “a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nesta categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa”. Logo adiante, referido jurista define atos *discricionários* como sendo aqueles que a “Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização. A rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute convenientes ao interesse público” (1995, p. 150).

O controle dos atos administrativos vinculados, sem dúvida, é exercido com mais facilidade, enquanto que os discricionários, existe um cuidado redobrado pelo poder judiciário para que não haja indevida intervenção no mérito administrativo. Como bem adverte Eduardo Arruda Alvim (2010, p. 107), “o controle da legalidade dos atos discricionários, a seu turno, é mais delicado, porquanto o Judiciário não se pode ingerir no mérito dos mesmos, na medida em que isso implicaria na reavaliação dos critérios de conveniência e oportunidade que levaram à sua edição, o que esbarraria no princípio constitucional da separação dos poderes”.

O abuso de poder pode também se manifestar de forma omissiva, na hipótese da autoridade se abster de prática de determinado ato de forma indevida, admitindo-se também o uso do mandado de segurança para correção do ato.

4.3. Direito líquido e certo

Nem todo direito pode ser tutelado pelo mandado de segurança, visto que a lei (artigo 6º, da lei nº 12.016/09) exige liquidez e certeza para o uso do instrumento. O direito líquido e certo é aquele comprovado de plano, ou seja, os fatos já são incontroversos, demonstrados por documentos. Em outras palavras, a comprovação de plano está “ligada à prova documental que instrui a inicial. No mandado de segurança, os fatos deverão estar cabalmente provados, mediante prova documental junta com a petição inicial” (ALVIM, 2010, p. 91).

Na hipótese destes documentos necessários à prova do alegado estiverem na repartição ou estabelecimento público, ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o impetrante deve propugnar, em preliminar, que a autoridade judiciária requisite estes documentos em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias, conforme dispõe o parágrafo primeiro, do artigo 6º, da Lei nº 12.016/09.

O conceito de direito líquido e certo é eminentemente processual, pressupondo a existência de fato incontroverso, pouco importando a extensão da divergência no âmbito jurídico. O direito líquido e certo para o mandado de segurança é de extrema relevância, considerado como condição da ação pela lei, de modo que a sua ausência implicará na extinção da ação por falta de uma de suas condições (carecedor da ação). Neste sentido, complementa Cássio Scarpinella Bueno (2002, p. 13s) que

direito líquido e certo não deve ser entendido como “mérito” do mandado de segurança, isto é, como sinônimo do conflito de interesses retratado pelo impetrante em sua petição inicial e levado para solução definitiva ao Estado-juiz. Direito líquido e certo é apenas uma condição da ação do mandado de segurança, assimilável ao interesse de agir e que, uma vez presente, autoriza o questionamento do ato coator por essa via especial e de rito sumaríssimo, desconhecido pelas demais ações processuais civis.

Percebe-se que no mandado de segurança, a liquidez e certeza relacionam-se ao fato, devendo ser analisada de forma objetiva, comprovando-se com documentos. Como bem sintetiza o jurista José Antônio Remédio (2011, p. 236), “há certeza e liquidez quando a instrução probatória, documental, basta para revelar tais fatos. Certeza e liquidez, portanto, dizem respeito aos fatos que, previstos nas regras aplicáveis, geram o direito alegado”.

No entanto, no tocante à análise do direito, havendo controvérsia sobre o entendimento de interpretação da lei, ou sua complexidade, não impedem o uso do instrumento. Isso acontece porque a análise do direito pela autoridade judiciária comporta

apreciação subjetiva. Por esta razão, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 625, esclarecendo que “controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”.

Por derradeiro, é oportuno deixar claro que a inexistência do direito líquido e certo não impede que o interessado venha a se socorrer às vias ordinárias para a tutela do direito. Acrescente-se que isso também acontece nas hipóteses em que o impetrante decai do direito de uso da segurança pelo decurso do tempo (artigo 23, da Lei nº 12.016/09), socorrendo-se às vias ordinárias, ainda que o direito seja comprovado de plano.

4.4. Ato de autoridade

Diferentemente da lei anterior (lei nº 1.533/51), a nova regulamentação sobre o mandado de segurança não trouxe a definição de autoridade. Portanto, supletivamente, aplica-se a lei nº 9.784/99 (lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), visto que em seu artigo 1º, parágrafo 2º, inciso III, define autoridade como sendo “o servidor ou agente público dotado de poder de decisão”.

A Constituição Federal e a lei nº 12.016/09, estabelecem que a concessão do mandado de segurança será possível quando qualquer pessoa, seja física ou jurídica, sofrer lesão ou ameaça de lesão por parte de *autoridade*, seja de qualquer categoria ou função que exerça. Entende-se, pois, que o *mandamus* ataca o ato da *autoridade* praticado com ilegalidade ou abuso de poder. Melhor esclarecendo, Eduardo Arruda Alvim (2010, 54s), ensina que

será autoridade coatora, aquela, cujo comportamento, ilegal ou praticado com abuso de poder, numa relação de Direito Público, decorrer ou possa iminentemente decorrer violação à afirmação de direito líquido e certo do impetrante. Disso segue – como dito – que a autoridade coatora deverá ter competência para corrigir a ilegalidade contra a qual o impetrante se insurge por meio do mandado de segurança, ou, ao ainda, para “cumprir prestação jurisdicional reclamada pelo impetrante”.

A autoridade, portanto, consiste na pessoa física vinculada a uma pessoa jurídica com poder de decisão e de desfazer o ato guerreado em ação judicial, de modo que o servidor subalterno que cumpre ou executa as ordens do superior é considerado parte ilegítima. Desta forma, o “mandado de segurança não deve ser impetrado contra o mero *executor* da ordem, mas na linha do que o referido dispositivo legal esclarece, contra quem tenha, efetivamente,

decidido por sua prática e, em se tratando de ato omissivo, por sua abstenção” (BUENO, 2002, p. 18s).

Existe a possibilidade, porém, de que os atos ilegais envolvam mais de uma autoridade. Para solucionar esta questão, Hermes Zaneti Júnior (2001, p. 87) assevera que o *mandamus* deverá recair na autoridade hierarquicamente superior a dos agentes concretamente coatores, justificando que

o mandado de segurança coletivo visa à tutela molecular do direito. Sendo a lesão ou ameaça pontuada, fragmentada, entre os diversos titulares individuais, porém, com origem em ato coator genérico comum a todos (ilegalidade de tributo, edital-padrão), o mandado atua diretamente sobre a autoridade de maior hierarquia, porque essa é que tem o poder de reverter o ato originário, mesmo que genérico, que provocou ou provocará as diversas lesões individuais.

A autoridade coatora não se restringe ao poder executivo, comportando-se também aos atos dos poderes legislativo e judiciário. Com relação aos atos do legislativo, não se admite o mandado de segurança diante das atividades típicas do legislativo, vale dizer, a produção de leis. Sobre as atividades típicas, o Supremo Tribunal Federal inclusive editou a súmula 266, dizendo que “não cabe mandado de segurança contra lei em tese”. No entanto, não existe óbice do uso do instrumento diante das atividades atípicas do legislativo, como comissões parlamentares de inquérito ou outras funções de natureza administrativa no parlamento. No tocante a decisão judicial, admite-se mandado de segurança contra ato judicial para assegurar efeito suspensivo de um recurso. A propósito, a lei nº 12.016/09, em seu artigo 5º, incisos II e III, deixa isso claro ao vedar o uso do instrumento diante de decisões judiciais nas hipóteses em que a decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo ou que tenha transitado em julgado, para que o instrumento não seja substitutivo de qualquer recurso já previsto em lei para correção das decisões judiciais.

Existe diferença entre autoridade coatora e sujeito passivo no mandado de segurança. O primeiro consiste no sujeito que tem competência para a prática do ato, ou seja, é aquele que pratica o ato, ou tem poder legal de praticá-lo nas hipóteses de omissão. O segundo será sempre uma pessoa jurídica que deverá suportar os encargos da decisão do mandado de segurança, como União, Estados, Municípios, Distrito Federal e as entidades delegadas de serviço público, como dirigentes de estatais ou concessionárias de serviço público (FIGUEIREDO, 2000, p. 19).

A lei nº 12.016/09, embora tenha se omitido na definição de autoridade, trouxe as hipóteses de equiparação, em seu artigo 1º, § 1º, nos seguintes termos: “Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições”.

Existe também a possibilidade de particulares figurarem no polo passivo do mandado de segurança, quando os efeitos da sentença tiverem reflexos a terceiros interessados. Isso acontece, por exemplo, num mandado de segurança que busca a anulação de uma licitação. Nesta hipótese, o vencedor da licitação deverá figurar como litisconsórcio passivo necessário, pois em caso de procedência da ação, a sentença refletirá diretamente no seu interesse.

5. O mandado de segurança coletivo

5.1. Generalidades

Ampliar o acesso à justiça para a tutela de massas representa na atualidade uma necessidade pública. Neste mundo moderno que vivemos, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, com excessos no consumo, avanços tecnológicos, crescimento populacional, industrialização e globalização da sociedade contemporânea, verificamos que os conflitos de interesses aparecem na mesma proporção. Portanto, o grande desafio para a pacificação social foi à busca das soluções de conflito de massas, com maior brevidade e eficiência, protegendo coletivamente os interesses sociais.

Ocorrendo lesões em massa, percebe-se que as pessoas atingidas ficam lançadas à sorte de forma pulverizada perante centenas de juízes, correndo riscos de decisões contraditórias sobre o mesmo fato e com alto custo para a judicialização. Muitas vezes, deixam até de se socorrerem perante o judiciário pelo fato do valor ser insignificante no ponto de vista individual, mas que acaba sendo altamente lucrativo na outra ponta, considerando a somatória de interesses. Por conta disso, a tutela coletiva vem ganhando seu necessário espaço, seja com a lei da Ação Popular, lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor.

Esta dificuldade de acesso à justiça pela coletividade já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal em meados do século passado. Com efeito, em 1954, no recurso de MS

2.334 (AJ, 113:254), houve a impetração de uma associação de classe para tutelar direito líquido e certo de seus associados, sendo que na ocasião, o Supremo negou a ordem pelo fato do mandado de segurança tutelar apenas direito individual e não social (apud CRETELLA JR, 1996, p. 78).

O mandado de segurança coletivo foi introduzido ineditamente na Constituição Federal de 1988. Trata-se do mesmo instituto mandado de segurança, mas com objeto de tutela mais amplo e legitimidade mais restrita, considerado pela melhor doutrina como uma espécie do gênero mandado de segurança.

Por conta disso, em seu aspecto processual, o mandado de segurança coletivo contém os mesmos requisitos do mandado de segurança individual, ou seja, lesão ou ameaça de lesão, a direito líquido e certo transindividual, decorrente de ato de autoridade, praticado por ilegalidade ou abuso de poder (TUCCI, 1990, p. 38s).

Este valioso instrumento introduzido permite uma tutela jurisdicional diferenciada, onde uma só decisão atinge um universo de interessados, de forma mais célere e com menor custo. Como bem ponderou José Rogério Cruz e Tucci (1990, p. 39), “no ponto de vista processual, esse ‘novel’ instrumento visa a ampliar a possibilidade de acesso à justiça, evitando-se um contraditório *monstrum*, com evidente economia de energias, ao ensejar-se a sua utilização por órgãos setoriais, em benefício de seus integrantes”.

Considera-se, também, que o mandado de segurança coletivo não deixa de ser uma espécie do gênero ação civil pública. Isto acontece pelo fato de ambas ações tutelarem o mesmo objeto, ou seja, interesses transindividuais (NERY JÚNIOR, 2013, p. 212).

Realmente, Nelson Nery Júnior foi muito feliz ao considerá-la espécie da ação civil pública, visto que nas hipóteses em que não permitiu a demonstração de plano (direito líquido e certo), a opção que resta ao interessado seria a ação civil pública ou ação popular.

5.2. Legitimidade ativa

A Constituição Federal (artigo 5º, inciso LXX) elenca como legitimados do mandado de segurança coletivo, o partido político com representação no Congresso Nacional e 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. Promovem judicialmente em nome próprio a defesa de terceiros.

Permitir o acesso à justiça por uma pessoa que represente a coletividade consiste num verdadeiro avanço no sistema jurídico brasileiro, pois não basta a previsão de direito material se o titular de direito não tenha mecanismos de proteção em juízo. Sobre o assunto, Cappelletti e Garth (1988, p. 11s) sintetizam que

o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Temos três principais correntes para justificar a legitimação das ações coletivas, a saber, “a legitimação extraordinária por substituto processual, a legitimação ordinária das ‘formações sociais’ decorrente de uma leitura ampla do art. 6º, do CPC e a ‘legitimação autônoma’ para conclusão do processo, espécie de legitimação extraordinária” (ZANETE JR, 2001, p.101). Entretanto, para efeitos deste trabalho, adotaremos a corrente que a legitimidade é extraordinária, mesmo porque, as discussões entre elas não representam diferenças em seu aspecto prático.

Por legitimidade extraordinária, esclarece Elio Fazzalari (2006, p. 400) que “no lugar daqueles que sofrerão os efeitos daquele provimento, agem no processo outro sujeito, o qual restará estranho a tais efeitos. Este último sujeito não participa do processo como representante do efetivo destinatário do provimento (em cujo caso a destinação dos efeitos encabeçados ao representado bem se explicaria), mas sim em nome próprio”.

Estes legitimados referidos pela Constituição não tem questionamentos, pois são *legitimados constitucionais típicos*. Todavia, para este trabalho, denominaremos de legitimado *atípico*, aquele que, embora não esteja elencado tipicamente, também pode fazer uso do mandado de segurança coletivo.

Para José Rogério Cruz e Tucci (1990, p. 49), o mandado de segurança coletivo só pode ser impetrado pelos legitimados constitucionais típicos, já que somente a estas instituições a Constituição outorgou o acesso à justiça. No mesmo sentido, posicionou Alfredo Buzaid (1992, p. 21) ao asseverar que a lei ordinária não pode ampliar nem reduzir o rol de legitimados expressamente designados pela constituição. No mesmo sentido, seguem outras dezenas de juristas e entendimentos jurisprudenciais.

Todavia, temos que o Ministério Público, embora ignorado pela Constituição Federal e pela lei nº 12.016/09, também pode se valer do instrumento para a tutela de interesses transindividuais, sendo um legitimado atípico do mandado de segurança coletivo.

Com efeito, o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, concede ao Ministério Público o poder de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Ora, sendo o mandado de segurança coletivo uma espécie do gênero ação civil pública, não há como conceber a ilegitimidade do Ministério Público de fazer uso do *mandamus* coletivo. Se ele pode o mais, também pode o menos.

Corroborando o entendimento, José Antônio Remédio (2011, p. 786) acrescenta que “a legitimidade do Ministério Público decorre de sua vocação institucional constitucional, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127, *caput*), sendo patente sua legitimidade para agir em juízo, independente de previsão normativa infraconstitucional, uma vez que, se a Constituição estabelece o fim a ser protegido, então confere os meios para se atingir tal desiderato”.

E de fato, seria um contra *sensu* admitir o Ministério Público promover ação civil pública, obter provimento na liminar e ter o julgamento antecipado porque já apresentou direito líquido e certo na tutela de direito difuso, e não ter reconhecido o seu direito de impetrar mandado de segurança coletivo (REMÉDIO, 2011, p. 787).

Na mesma esteira, Hugo Nigro Mazzilli (2008, p. 110) sustenta que o Ministério Público pode se valer do *mandamus* para a defesa judicial: “a) de interesses individuais indisponíveis, como aqueles ligados à defesa de crianças e adolescentes; b) o de interesses transindividuais, como os difusos, coletivos ou individuais homogêneos de suficiente relevância ou abrangência social; c) das próprias garantias da instituição e de seus agentes”.

Sem embargo da interpretação constitucional, as normas infraconstitucionais também sinalizam à legitimação do Ministério Público para o mandado de segurança coletivo. Com efeito, o artigo 83, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece que para a defesa dos direitos e interesses protegidos pelo código, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, incluindo-se, conseqüentemente, o mandado de segurança coletivo para a tutela de interesses transindividuais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 201, inciso IX), por sua vez, impõe ao Ministério Público o dever de agir, colocando a sua disposição os instrumentos mandado de segurança, de injunção e *habeas corpus*, podendo ser impetrados em qualquer juízo,

instância ou tribunal, na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente.

Portanto, a nosso ver, não restam dúvidas de que o Ministério Público também goza de legitimidade ativa para promover o mandado de segurança coletivo na defesa de interesses transindividuais.

5.3. Objeto de tutela

O nosso sistema jurídico contempla três categorias de interesses transindividuais, ou seja, os difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O artigo 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, define “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”. A definição jurídica representa o significado próprio do termo, em algo disperso, espalhado, fragmentado. Para Elio Fazzalari (2006, p. 342s), os interesses difusos são “empiricamente entendidos como relações de utilidade – em relação a bens e/ou situações -, as quais não têm titulares individualizados pela lei [...], mas resguardam a coletividade em geral ou grupo delas: é útil aduzir, como exemplos, os interesses relativos à salubridade do ambiente, à salvaguarda do consumidor, à integridade da paisagem, ou mesmo à informação”.

Nos direitos difusos, temos presente três elementos que compõem o conceito: fato, direito indivisível e sujeitos indeterminados. Para o jurista Luiz Fernando Bellinetti (2005, p. 669), os interesses difusos podem ser caracterizados a partir de dois aspectos: “1.º - Aspecto subjetivo: sob esta perspectiva, vislumbram-se as características da Indeterminação dos membros do grupo ao qual o interesse pertine, bem como a inexistência de relação jurídica base entre tais pessoas. 2.º - Aspecto objetivo: A característica é a Indivisibilidade do bem jurídico, ou seja uma única ofensa prejudica a todos e uma solução a todos beneficia”.

Os sujeitos atingidos pelos danos difusos são anônimos, não tendo como identificá-los, pois se encontram dispersos na coletividade. Desta forma, na hipótese de poluição do ar, por exemplo, não temos como identificar todas as pessoas que estão respirando este ar poluído. Daí a indeterminabilidade de identificação dos sujeitos.

Este direito, quando tutelado em juízo, beneficia a todos, e não há como ser diferente, por ser indivisível o objeto. Isto acontece porque ele atinge e pertence a todos indistintamente,

não podendo ser cindido. Como na hipótese colocada acima, uma vez condenada a empresa a colocar um filtro, não há como despoluir o ar somente para algumas pessoas. Por fim, nota-se que todas as pessoas atingidas se ligam pelo mesmo fato (*poluição do ar*).

É precioso esclarecer que os direitos difusos não são subespécie de interesse público. “Embora em muitos casos possa até coincidir o interesse de um grupo indeterminável de pessoas com o interesse do Estado ou com o interesse da sociedade como um todo (*como o interesse ao meio ambiente sadio*), a verdade é que nem todos interesses difusos são compartilhados pela coletividade ou comungados pelo Estado” (MAZZILLI, 2008, p. 54).

No tocante aos direitos coletivos, inicialmente é primoroso esclarecer que a expressão “direitos coletivos” utilizada pela Constituição Federal, no título II, encontra-se em sentido amplo, abrangendo todos os direitos transindividuais. No entanto, a lei federal disciplinou-o de forma estrita, definindo direitos coletivos (*stricto sensu*) no artigo 81, parágrafo único, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor. A lei define “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”.

Os elementos que integram o conceito de direitos coletivos envolvem sujeitos determinados (*ou determináveis*), direito indivisível e relação jurídica base. Melhor esclarecendo, Luiz Fernando Bellinetti (2005, p. 669s) esclarece que os interesses coletivos, seguindo os mesmos critérios, podem ser assim caracterizados: “1.º - Aspecto subjetivo: A existência de relação jurídica base entre os membros do grupo (“titulares”) ou com a parte contrária, bem como a determinabilidade dos membros do grupo (“titulares”); 2.º - Aspecto objetivo: Indivisibilidade do bem jurídico, significando que uma única ofensa prejudica a todos e uma solução a todos beneficia”.

Diferentemente dos direitos difusos, nos direitos coletivos as pessoas lesadas podem ser identificadas ou são identificáveis. Isto ocorre porque existe uma relação jurídica base preexistente, seja entre si ou com a parte contrária. Caso exista vício nesta relação jurídica, legitima-se a intervenção em favor do grupo, categoria ou classe de pessoas. Ocorrendo proteção judicial com a consequente anulação de uma cláusula ou cláusulas, a todos beneficiam. Diante disso, observamos a indivisibilidade do direito. Assim, na hipótese de um contrato de adesão de plano de saúde onde se verifica a existência de cláusula abusiva, temos típico caso de lesão a interesse coletivo. No exemplo em discussão, podemos identificar todos

os lesados, porque eles possuem uma relação jurídica (*preexistente*) com a parte contrária. Sendo declarada nula a cláusula considerada abusiva, a todos aproveitam (*direito indivisível*).

Os direitos coletivos pressupõem a existência de relação jurídica. Não sendo preexistente, não há que se falar em direitos coletivos. Com efeito, na hipótese colocada acima, se também fosse incluído no pedido da ação civil pública, que nos futuros contratos de adesão sejam excluídas as supostas cláusulas abusivas, estaremos tutelando direitos difusos, já que não temos como identificar as futuras pessoas que iriam celebrar este contrato (*inexistência de relação jurídica*).

Devemos, no entanto, atentarmos que a determinabilidade de grupo não representa a somatória de interesses. Como bem leciona Luiz Fernando Bellinetti (2005, p. 669),

essa determinabilidade dos componentes do grupo não implica em titularidade de interesses individuais (soma de interesses), mas sim em uma circunstância que torna o interesse coletivo mais restrito que o interesse difuso, porque beneficia apenas a uma parcela determinada da sociedade (consistindo na síntese dos interesses dos componentes do grupo) e não a ela difusamente como um todo.

E isso ocorre exatamente porque há indivisibilidade do bem Jurídico, vale dizer, um único agravo a todos ofende e uma única solução restaura o interesse coletivo para todos.

A proteção de direitos individuais homogêneos não nasceu com os direitos difusos e coletivos, visto que a Lei da Ação Civil Pública (*Lei nº 7.347/85*), não contemplava esta categoria de direitos. A sua primeira exceção ocorreu com a Lei nº 7.913/89, que possibilitou a tutela dos titulares de valores imobiliários e aos investidores do mercado, de acordo com seus prejuízos, através da ação civil pública. No entanto, a sua instituição no direito brasileiro teve grande influência norte-americana, servido a *class actions* como principal fonte de inspiração, com as adaptações às nossas peculiaridades geográficas, sociais, políticas e culturais (DINAMARCO, 2001, p. 58).

O artigo 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, define “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”. Nota-se que a homogeneidade e a origem comum representam os requisitos desta categoria de direitos.

Esta *origem comum* do dano não é necessária que “ocorra em um só lugar ou momento histórico, mas que dele decorra a homogeneidade entre os direitos dos diversos titulares de pretensões individuais” (DIDIER JR & ZANETE JR, 2011, p.78). Ela pode ser de fato ou de direito, não significando necessariamente uma unidade factual ou temporal. Assim,

na hipótese de uma publicidade enganosa veiculada por vários dias, torna-se a origem comum entre os lesados, ainda que veiculada em datas e horários diferentes (WATANABE, 2007, p. 825).

Ela ainda pode ser “próxima ou imediata, como no caso de uma queda de um avião, que vitimou diversas pessoas; ou remota, mediata, como no caso de um dano à saúde, imputado a um produto potencialmente nocivo, que pode ter tido como causa próxima as condições pessoais ou o uso inadequado do produto. Quanto mais remota for a causa, menos homogêneos serão os direitos” (WATANABE, 2007, p. 825). A homogeneidade desta categoria de direitos decorre justamente da origem ser comum, não necessitando que sejam numa unidade factual e temporal. Na verdade, como bem esclarece Barbosa Moreira, enquanto os direitos difusos e coletivos são essencialmente coletivos, os direitos individuais homogêneos são acidentalmente coletivos (MOREIRA, 1984).

Como já mencionado, os direitos difusos e coletivos são indivisíveis no seu aspecto material, de modo que a tutela processual obrigatoriamente acaba sendo também de forma indivisível. No entanto, os direitos individuais homogêneos são divisíveis no seu aspecto material, ou seja, cada lesado tem o seu dano, que pode ou não ser similares. Contudo, semelhantemente aos direitos difusos e coletivos, a sua tutela em juízo também é feita de forma indivisa, sendo protegido de forma global a todos os lesados. Sobre o assunto, com propriedade comenta Luiz Fernando Bellinetti (2005, p. 669s) que

[...] os interesses individuais homogêneos são interesses divisíveis de pessoas determináveis, que o ordenamento permita serem tratados englobadamente e de forma indivisa por derivarem de uma origem comum, sendo absolutamente importante ressaltar que não se confundem com os interesses individuais das pessoas componentes do grupo, pois o seu objeto é que seja cumprido o dever jurídico de recomposição dos interesses individuais de todos os prejudicados pela atividade danosa, conforme o esquema de relação jurídica de direito material anteriormente referido.

E logo adiante, Luiz Fernando Bellinetti (2005, p. 670) esclarece como podem ser caracterizados os direitos individuais homogêneos:

- 1.- Aspecto subjetivo: Origem comum, consistente na existência de relação jurídica base com a parte contrária, e a determinabilidade dos componentes do grupo a que diz respeito o interesse (‘titulares’).
- 2.º - Aspecto objetivo: Indivisibilidade o 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 embora

eventualmente a própria execução possa ser coletiva, como previsto em nosso direito positivo no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor.

Para exemplificarmos, imaginemos na hipótese de um aumento abusivo na mensalidade escolar, onde houve o pagamento a maior de 10 % das mensalidades por 12 meses. Uma ação coletiva contra a escola postulando devolução total destes valores, tem a proteção de direitos individuais homogêneos. Embora cada aluno poderia individualmente propugnar seu reembolso, ao invés de termos centenas de ações, bastaria uma para tutelar globalmente (*de forma indivisa*) o direito de todos.

É importante esclarecermos que a ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos, tem implícitos o interesse na economia processual e unidade da jurisdição, bem como, objeto de proteção os interesses da sociedade em geral (*direitos indisponíveis*). Conseqüentemente, o número de lesados terá relevância para legitimar a sua proteção através de uma ação coletiva. Assim, tendo poucos lesados, faltaria interesse de agir na sua proteção por meio da ação coletiva e cada lesado deverá postular a sua tutela individualmente ou em litisconsórcio ativo.

Concluindo, os interesses difusos e coletivos são tratados pela lei material como direitos indivisíveis (art. 81, do CDC), enquanto que os individuais homogêneos como direitos divisíveis. No entanto, a sua tutela judicial, nas três hipóteses, tem a proteção geral, ou seja, de forma indivisa. Assim, enquanto os direitos difusos e coletivos são material e processualmente indivisíveis, os direitos individuais homogêneos são materialmente divisíveis, mas processualmente indivisíveis quando tutelados através da ação coletiva.

Feitas estas considerações conceituais, verifica-se que a lei do mandado de segurança contemplou somente os interesses coletivos e individuais homogêneos, sendo omissa no tocante aos interesses difusos, conforme se verifica no artigo 21, parágrafo único, da lei 12.016/09:

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

- I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;
- II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

A questão que se coloca é se os interesses difusos também podem ser tutelados via mandado de segurança coletivo. As respostas não são pacíficas na doutrina e na

jurisprudência. Vozes contrárias como de Ovídio Baptista da Silva e José da Silva Pacheco se destacam com defensores deste entendimento (ZANETI JR, 2001, p. 80). No mesmo sentido, comungam José Miguel Garcia Media e Fábio Caldas de Araújo (2009, p. 208), asseverando que a nova Lei do Mandado de Segurança restringiu a aplicação somente aos interesses coletivos e individuais homogêneos. Seguindo este entendimento, André Ramos Tavares (2009, p. 168) complementa que o rol apresentado pelo artigo 21, parágrafo único, da Lei nº 12.016/09 é taxativo.

De outra banda, o jurista Nelson Nery Júnior (2013, p. 212s), sustenta que o objeto do mandado de segurança coletivo consiste na proteção de interesses transindividuais, incluindo-se, portanto, os difusos, por se tratar de uma espécie do gênero ação civil pública. Complementando o entendimento, José Antônio Remédio (2011, p. 726), apresenta preciosa conclusão, ao asseverar que

o mandado de segurança coletivo integra o microsistema que compõe o processo coletivo, cujos contornos básicos estão estabelecidos na Constituição Federal, na Lei n. 7.347/85 e na Lei n. 8.078/90 (CDC), que, por sua vez, protege os interesses e direitos difusos, de sorte que tais interesses e direitos também deveriam contar com a proteção do mandado de segurança coletivo.

Não cabe à norma infraconstitucional reduzir o objeto de proteção do mandado de segurança coletivo, quando a própria Constituição Federal, que criou o *writ*, não o faz.

Lúcia Valle Figueiredo (2000, p. 29), do mesmo modo, defende a sua possibilidade, ao sustentar que “os direitos difusos referentes à preservação do patrimônio histórico, cultural, etc, também podem receber tutela por meio de mandado de segurança coletivo”. A autora, inclusive, apresenta feliz exemplo, na hipótese de obtenção ilegal de licença para demolição de prédios tombados, que pode ser tutelado por mandado de segurança coletivo. Outro importante exemplo, destacado por Wambier e Vasconcelos (2012, p. 480), ocorre na hipótese do partido político se voltar contra uma propaganda racista através do *mandamus coletivo*.

Na mesma esteira, defende Eduardo Arruda Alvim (2010, p. 380), pois uma “interpretação diferente angustiará indevidamente a importância que o legislador constituinte conferiu ao mandado de segurança e, em particular, ao mandado de segurança coletivo. Com efeito, não há por que negar o cabimento do mandado de segurança coletivo para impugnar, por exemplo, ato administrativo que provoque danos ambientais”.

Num licenciamento irregular concedido para um loteador, onde as obras estão prestes a dar início, com intervenções em áreas protegidas, por exemplo, não temos dúvidas que o

mandado de segurança coletivo representa um relevante instrumento para coibir atos abusivos ou ilegais da autoridade pública que violem direito líquido e certo de pessoas indeterminadas. A propósito, o que se observa na atualidade é o poder público como principal violador de interesses transindividuais.

Os direitos difusos, como qualquer direito, também merece o direito à tutela jurisdicional adequada, como todos os demais direitos assegurados pela lei civil. Trata-se de verdadeira garantia constitucional que não comporta restrição por normas infracionstitucionais. Como bem leciona Nelson Nery Júnior (2013, p. 187),

pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao *processo justo*, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a *tutela jurisdicional adequada*. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a *adequada*, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente.

Creemos que a Constituição não faz distinção do acesso à justiça às várias categorias de direito. Aliás, não se justifica tratamento discriminatório aos interesses difusos. Como bem pondera Nelson Nery Júnior, “o direito de ação pode ser exercido independentemente da qualificação jurídica do direito material a ser por ele protegido. Com isso, tanto o titular de direito *individual*, quanto o do direito *metaindividual* (difuso, coletivo ou individual homogêneo), têm o direito constitucional de pleitear ao Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada” (2011, p. 188).

Assim, temos que o fato da lei nº 12.016/09 ter omitido os interesses difusos, não significou proibição de sua proteção através do mandado de segurança coletivo, visto que a permissão decorre da Constituição Federal. A propósito, como já advertiu Alexy (1986, p. 281) “uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela forma compatível com a Constituição”.

5.4. O mandado de segurança coletivo preventivo

O mandado de segurança, individual ou coletivo, pode ser preventivo ou repressivo. O primeiro ocorre nas hipóteses em que houver justo receio de violação a direito líquido e certo, por ilegalidade ou abuso de poder pela autoridade. Portanto, havendo ameaça ao direito, permite-se a tutela judicial pelo mandado de segurança, seja individual ou coletivo, nos

termos dos incisos XXXV, LXIX e LXX, do artigo 5º, da Constituição Federal. Entretanto, se a violação do direito líquido e certo já foi praticada pela autoridade, daí admite-se a segunda hipótese (repressivo).

Ocorre que mesmo aos adeptos a uma interpretação limitada de que objeto do mandado de segurança coletivo não abriga os direitos difusos, a situação fica insustentável quando tratamos do mandado de segurança coletivo preventivo.

Com efeito, para a tutela *preventiva* via mandado de segurança coletivo, especialmente aos direitos individuais homogêneos, *consiste em verdadeira proteção de direitos difusos*, posto que o dano ainda não aconteceu, de modo que os futuros lesados ainda não existem, estando dispersos na coletividade.

Ao comentarem a ação inibitória em ações civis públicas, Didier e Zaneti (2011, p. 82), anotam que “geralmente a tutela *coletiva repressiva* (posterior à lesão) será para direitos individuais homogêneos. Quando ainda não tiver ocorrido a lesão, a ação coletiva preventiva (inibitória) para evitar o dano a um número indeterminado de pessoas, relacionadas ou não entre si (grupo de ‘possíveis vítimas’), terá como objeto um direito difuso ou coletivo, conforme o caso”. Nota-se que o raciocínio apontado pelos autores se aplicam perfeitamente ao mandado de segurança coletivo preventivo.

Exemplificando, na hipótese de uma liberação irregular pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) de algum medicamento nocivo à saúde pública, a propositura de um mandado de segurança coletivo por um partido político para a proteção de direitos individuais homogêneos preventivamente, consiste em verdadeira tutela de direitos difusos, pois a indeterminabilidade dos indivíduos que supostamente irão consumi-los seria evidente. Desta forma, negar a possibilidade da tutela de direito difuso pelo mandado de segurança coletivo, consiste em negar o uso do instrumento de forma preventiva para a defesa de direitos individuais homogêneos ou coletivos.

Portanto, no nosso entendimento, é insustentável o posicionamento de que o mandado de segurança coletivo não abriga os interesses difusos.

6. Conclusões

A introdução do mandado de segurança coletivo pela Constituição Federal, sem dúvida representou verdadeiro avanço no sistema brasileiro no que tange o acesso à justiça, colocando à disposição da sociedade mais um valioso e importante instrumento para a tutela de massas, sobretudo diante de atos praticados pelo poder público ou entidades delegadas, principais violadores de interesses metaindividuais.

O mandado de segurança coletivo, como espécie do gênero ação civil pública, tem como legitimado não só os elencados tipicamente pela Constituição Federal, mas também o Ministério Público, que tem legitimidade de fazer uso do instrumento para o cumprimento de suas funções institucionais, pois, se ele pode o mais (ação civil pública) nos termos do artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, também pode o menos (mandado de segurança coletivo).

O objeto de tutela do mandado de segurança coletivo não se restringe aos direitos coletivos e individuais homogêneos como elencados pela lei nº 12.016/09. Os interesses difusos também podem ser tutelados pelo *mandamus* coletivo, não implicando a omissão legislativa em sua proibição.

A expressão *coletivo* utilizada pela Constituição Federal ao definir o mandado de segurança coletivo, sem dúvida foi no sentido *latu sensu*, como na definição do capítulo II (Dos direitos e deveres individuais e coletivos), englobando todas as categorias de direitos transindividuais. Isso representa o acesso à justiça dos interesses difusos quando violados pelo Estado que se permite a demonstração de plano. Como bem lecionam os juristas Cappelletti e Garth (1988, p. 11s),

o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas reclamar os direitos de todos.

Ademais, mesmo aos adeptos à interpretação restritiva, negar a possibilidade do mandado de segurança coletivo para a tutela de direitos difusos, seria o mesmo que negar a possibilidade de seu uso preventivo para a tutela de direitos individuais homogêneos ou coletivos.

Neste contexto, conclui-se que a Constituição Federal garante o acesso à justiça da sociedade através do *mandamus* coletivo quando violado em seu direito líquido e certo, para a

proteção de qualquer interesse transindividual, seja difuso, coletivo ou individual homogêneo, não só pelos legitimados constitucionais típicos, mas também pelo Ministério Público.

7. Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. (trad.) Virgílio Afonso da Silva. 2º Edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de segurança*. 2º Edição, Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010.

ALVIM, Arruda. *Ação civil pública – sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas*, in ASSIS, Araken de, MOLINARO, Carlos Alberto, GOMES JUNIOR, Luiz Manoel, MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Org.), *Processo coletivo e outros temas de direito processual*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*. In: *Temas de direito processual; terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

BELLINETTI, Luiz Fernando. *Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos*. in *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, págs. 666/671.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de segurança*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
_____. *A nova lei do mandado de segurança – comentários sistemáticos à lei n. 12.016, de 07-08-2009*. 2º Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

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

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet*. Porto Alegre: Editora Fabris Editor, 1988.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Do mandado de segurança coletivo*. 3º Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

_____. *Os “writs” na constituição de 1988 – mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, habeas corpus, ação popular*. 2º Edição. São Paulo: Editora Forense Universitária, 1996.

DIDIER JR, Fredie, ZANETI JR, Hermes. *Curso de processo civil – processo coletivo*. 6º Edição, Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo – instrumentos processuais coletivos*. 1º Edição – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. (trad.) Elaine Nassif. 1º Edição. Campinas: Editora Bookseller, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 3º Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto (arts. 91 a 100)*. 9º Edição. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2007.

LEONEL, Ricardo Barros. *Manual do processo coletivo*. 2º Edição. São Paulo: Editora RT, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada – teoria geral das ações coletivas*. 2º Edição. São Paulo: Editora RT, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia, ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo – comentários à lei 12.016, de 07 de agosto de 2009*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1995.

_____. *Mandado de segurança – ação popular – ação civil pública – mandado de injunção habeas data – ação direta de inconstitucionalidade – ação declaratória de constitucionalidade – arguição de descumprimento de preceito fundamental – o controle incidental de normas no direito brasileiro*. 27ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. Atualizado por Arnold Wald e Gilmar Mendes Ferreira, com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal – processo civil, penal e administrativo*. 11ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2013.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, MARCELO Sciorilli. *Mandado de segurança, mandado de injunção, ação civil pública, ação popular, habeas data*. 2ª Edição, São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

REMÉDIO, José Antônio. *Mandado de segurança individual e coletivo*. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, André Ramos. *Manual do novo mandado de segurança – lei 12.016/09*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *“Class action” e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *O mandado de segurança na disciplina da lei 12.016, de 7 de agosto de 2009*, in ASSIS, Araken de, MOLINARO, Carlos Alberto, GOMES JUNIOR, Luiz Manoel, MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Org.), *Processo coletivo e outros temas de direito processual*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto* (arts. 81 a 90 e 101 a 102). 9ª Edição. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2007.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Mandado de segurança coletivo – aspectos processuais controvertidos*. Porto Alegre, Editora Fabris Editor, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2014.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 04 de julho de 2014.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm. Acesso em 04 de julho de 2014.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em 09 de julho de 2014.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11533.htm. Acesso em 09 de julho de 2014.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em 09 de julho de 2014.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 09 de julho de 2014.