

# **Anotações sobre o mandado de segurança coletivo e os direitos difusos.**

**Jason Soares de Albergaria Neto\***

**Letícia Fonseca Cruz Coelho\*\***

Cidade/Estado: Belo Horizonte/MG  
E-mail: jasonneto@jasonalbergaria.com.br

Recebido: 3/9/2014  
Aprovado: 7/10/2014

## **Sumário**

Introdução. 1. Do direito coletivo e suas espécies. 2. Do Mandado de Segurança. 2.1 Do mandado de segurança individual. 2.2 Do mandado de segurança coletivo. 3. Do mandado de segurança como instrumento processual de tutela de direitos difusos. 4. Conclusão. Referências

## **Resumo**

O artigo objetiva fazer uma leitura sobre os efeitos da Lei nº 12.016/09 com foco na regulamentação do Mandado de Segurança Coletivo. A referida lei restringiu o uso deste instrumento processual coletivo para a tutela dos direitos difusos. A restrição não encontra fundamento de validade na Constituição Federal não coaduna com o microsistema processual coletivo. Dessa forma, os direitos difusos devem constar no rol dos direitos protegidos via mandado de segurança coletivo.

**Palavras Chaves:** Processo Civil; Direitos Coletivos; Mandado de Segurança Coletivo; Direitos Difusos.

---

\*Doutor em Direito Comercial pelo UFMG, Professor da Faculdade Milton Campos e Advogado

\*\*Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.1 -18	2014
---	-----------	-------	---------	------

## Introdução

A Constituição Federal de 1988 teve como ponto de fundamental importância para o sistema das garantias constitucionais a ampliação e valorização dos direitos fundamentais, que tem sustentação o rol dos direitos coletivos e com o fortalecimento do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Nesse contexto de mudanças com maior enfoque aos direitos sociais e coletivos, estabeleceu-se um ambiente propício para a discussão e criação do mandado de segurança coletivo. Com este instituto se buscava fortalecer as organizações classistas e os partidos políticos, além de desonerar o Judiciário em relação ao julgamento de questões idênticas, bem como torná-lo mais célere e facilitar o acesso à Justiça.

Dessa forma, o legislador da Constituição de 1988 criou o mandado de segurança coletivo que dentre seus objetivos já citados, também se encontram o de tornar viável a defesa de interesses economicamente pouco relevantes quando tomados individualmente, mas relevantes, quando somados, além de buscar tornar mais frequentes os questionamentos frente às ameaças e lesões de direito produzidas pelo Estado e sofridas pela coletividade.

Todavia, o legislador apesar de ter claro o objetivo que gostaria de fornecer com a criação de importante instrumento processual, não conseguiu ter a mesma clareza para conceituá-lo. Por conseguinte, fez constar no artigo 5º, LXX da CR/88 apenas a possibilidade para sua impetração.

O mandado de segurança coletivo, embora tenha sido criado em 1988 junto com a Constituição da República, somente no ano de 2009 foi disciplinado pela Lei nº 12.016, eis que anteriormente a jurisprudência quem fazia a sua integração. Entretanto, a Lei não o fez de forma satisfatória, tendo em vista que reservou apenas dois artigos específicos sobre sua regulamentação.

Nesse sentido, destaca-se como um problemático ponto da Lei nº 12.016/2009 o parágrafo único do art. 21 que permitiu a impetração dessa ação constitucional somente para a defesa dos direitos coletivos em sentido estrito e dos individuais homogêneos, excluindo assim a tutela dos direitos difusos.

Nesse ponto, percebe-se ter o legislador realizado uma restrição inconstitucional e infundada que não merece prosperar. Dessa forma, demonstrar-se-á a relevância e as vantagens da inclusão dos direitos difusos no rol dos direitos protegidos via mandado de segurança coletivo.

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.2 -18	2014
---	-----------	-------	---------	------

## 1 Dos direitos coletivos e suas espécies

Os direitos coletivos, como nova categoria, se situam entre os interesses públicos e privados, numa zona intermediária, superando a clássica dicotomia entre Direito Público e Direito Privado. Eles transcendem o particular, sem se tornarem públicos<sup>1</sup>. Eles têm natureza individual, possuindo contornos próprios, que os diferenciam dos interesses puramente individuais e do interesse público.

O processo civil clássico mostrou-se insuficiente para solucionar os novos conflitos que surgiam envolvendo os interesses transindividuais, fazendo surgir uma variedade de mecanismos diferenciados da tutela jurisdicional.

Contudo de nada adiantaria o reconhecimento da titularidade dos direitos coletivos, sem que houvesse para tanto mecanismos apropriados para sua efetivação. Nesse sentido foi preciso criar instrumentos adequados à sua proteção.

O advento da Constituição de 1988 foi essencial para essa mudança de paradigma, ao atribuir aos direitos coletivos o *status* de direitos fundamentais, além do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário ter sido renovado e ampliado, passando também a abranger a tutela coletiva.

A complexidade jurídica dos interesses metaindividuais impôs precisa conceituação de suas variantes, de forma que a solução mais abalizada foi eleita pelo legislador, no art. 81 do CDC, ao conceituar o gênero – direitos transindividuais nas três referidas categorias: direitos difusos, direitos coletivos *strito sensu* e direitos individuais homogêneos.

Os direitos difusos, primeiramente, são os direitos transindividuais, que possuem a característica de serem indivisíveis e que têm como titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias meramente fáticas, isto é, sem nenhum um vínculo jurídico entre os respectivos sujeitos.

Exemplos de direitos difusos a serem tutelados são às questões do meio ambiente, nota-se que o direito ao ar puro, à limpeza das águas, à higidez das florestas, à preservação das espécies de animais é inerente a toda humanidade, e não referente àquela comunidade que habita em determinada cidade, estado, região.

---

<sup>1</sup>Lourival Gonçalves de Oliveira, Interesse Processual e Mandado de Segurança Coletivo, In Mandados de Segurança e de Injunção, Saraiva, 1990, p. 141 - 144

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.3 -18	2014
---	-----------	-------	---------	------

A titularidade é de pessoas indeterminadas e indetermináveis, que não podem ser identificadas precisamente, são unidas por uma simples circunstância de fato de residirem no mesmo local, isto é, não há vínculo jurídico entre os titulares. O objeto de seu interesse é indivisível, pois não se pode repartir o proveito, nem tampouco o prejuízo, visto que a lesão atinge a todos indiscriminadamente, assim como a preservação a todos aproveita.

Os direitos coletivos *strito sensu*, por sua vez, possuem natureza indivisível, cuja titularidade é de um grupo ou categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por força de uma relação jurídica-base. Essa relação jurídica inequívoca, que tem o condão de unir o conjunto de pessoas, em tal hipótese, preexistente à ameaça de lesão ou a própria lesão. O direito coletivo *strito sensu* difere do direito difuso no aspecto em que é limitado exclusivamente ao grupo preexistente que possua uma relação jurídica base. Exemplo desse direito seria uma demanda que tenha por escopo obter melhor condição de trabalho aos empregados de determinada indústria.

E, por fim, conceituam-se os direitos individuais homogêneos como aqueles que afetam mais de um sujeito em razão de uma gênese comum, cujo objeto tem natureza divisível. O tratamento dos direitos individuais homogêneos como categoria de direito coletivo decorre de uma opção legislativa, em prol da harmonia de julgamentos e, sobretudo, da economia processual, mas os titulares dos direitos individuais continuam com a possibilidade de agir em juízo em nome próprio. Exemplo dessa espécie de direito individual homogêneo ocorre quando uma coletividade de consumidores é prejudicada pela aquisição de um mesmo produto defeituoso, de forma que todos esses consumidores ostentam a titularidade do direito.

Importante salientar que a natural proximidade entre os direitos de natureza coletiva pode levar a situações em que a mesma conduta, por exemplo, propaganda enganosa ou abusiva, poderá violar tanto direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, ou seja, será o tipo de pretensão a ser buscada que classificará qual o direito coletivo a ser aplicado ao caso concreto.

Nessa esteira, Nelson Nery Júnior<sup>2</sup> enfatiza o equívoco de se buscar categorizar os direitos de acordo com a matéria, pois para ele o que determina a classificação de um direito é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende com o ajuizamento da ação.

---

<sup>2</sup>Nelson Nery Junior, Princípios do processo civil na constituição federal, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992. P. 111 - 114

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.4 -18	2014
---	-----------	-------	---------	------

## 2 Do mandado de segurança

O mandado de segurança pode ser considerado um gênero que possui duas espécies, o mandado de segurança individual e o coletivo. Tendo em vista essa divisão didática, se elucidará primeiramente o gênero mandado de segurança para, posteriormente, aprofundar em suas duas espécies a individual e a coletiva.

O mandado de segurança surgiu como decorrência do desenvolvimento da doutrina brasileira do habeas corpus. Quando a Emenda Constitucional de 1926 restringiu o uso dessa medida às hipóteses de ofensa ao direito de locomoção, os doutrinadores passaram a procurar outro instituto para proteger os demais direitos. Nesse sentido, sob inspiração dos *writs* do direito norte-americano e do *juicio de amparo* do direito mexicano<sup>3</sup>, institui-se o mandado de segurança.

O processo de mandado de segurança possui rito célere e tradição constitucional longeva, que remete a formação da República no Brasil, sendo resultado histórico da antiga luta de Rui Barbosa para assegurar a tutela dos direitos civis por meio de remédio processual de matriz constitucional.

Este instrumento foi previsto, pela primeira vez, na Constituição de 1934, desapareceu na Constituição de 1937 e voltou na Constituição de 1946. Atualmente está previsto no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição de 1988 e está disciplinado na Lei nº 12.016/09.

A ação do mandado de segurança é considerada uma garantia jurisdicional constitucional que visa a efetivar e proteger os direitos fundamentais, líquidos e certos, dos sujeitos de direito, individuais e coletivos – com exceção daqueles protegidos pelos habeas corpus e habeas data – quando violados ou ameaçados por atos ou omissões provenientes de qualquer autoridade estatal ou de quem a ela se equipare.

Dessa forma, o mandado de segurança, ao assegurar o respeito aos direitos fundamentais, constitui um dos instrumentos primordiais da jurisdição constitucional de liberdades e um dos pilares estruturantes do Estado Democrático.

Nesses termos, pode-se definir o mandado de segurança como uma ação civil de rito especial caracterizado pela sumariedade procedimental, que por não comportar dilação probatória, deve ser instruído, obrigatoriamente, com prova exclusivamente documental, pré-constituída, apta a demonstrar, de plano, a certeza e liquidez dos fatos constitutivos do direito

---

<sup>3</sup>VALÉRIO, P. Y., Tese de Mestrado: A Especialização do Mandado de Segurança Coletivo na Tutela dos Direitos Coletivos no Brasil. Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação. Belo Horizonte, 2012. p. 54.

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.5 -18	2014
---	-----------	-------	---------	------

lesado ou ameaçado pela conduta da autoridade, isto é, deve o impetrante provar que os fatos são incontestáveis e inequívocos.

Além dos pressupostos processuais e das condições da ação exigíveis em qualquer procedimento, são pressupostos específicos do mandado de segurança:

- ato de autoridade;
- ilegalidade ou abuso de poder;
- lesão ou ameaça de lesão a direito;
- direito líquido e certo.

Considera-se ato de autoridade todo aquele que for praticado por pessoa investida de uma parcela de poder público. Esse ato pode emanar do Estado, por meio de seus agentes e órgãos ou de pessoas jurídicas que exerçam funções por ele delegadas.

Ato ilegal é considerado aquele que se realiza mediante errônea interpretação ou uso de norma não aplicável ao caso concreto.

Já o ato praticado com abuso de poder é manifestação de arbítrio estatal. O ato se realiza pela vontade viciada do agente público que age a despeito da inexistência de norma jurídica a sustentar sua conduta.

O direito líquido e certo é requisito de ordem processual ao mandado de segurança, atinente à existência de prova inequívoca dos fatos em se baseia a pretensão do impetrante. Refere-se a fatos documentalmente demonstrados de plano, de natureza incontroverso, não se admitindo dilação probatória.

A admissibilidade, na ação mandamental, de controvérsia da interpretação da norma, desde que os fatos sejam incontroversos, foi corroborada no enunciado da Súmula 625, do STF: “*controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança*”.

Existe uma exceção à regra da pré-constituição da prova, conforme consta no artigo 6º, parágrafo primeiro da Lei do Mandado de Segurança (nº 12.016), que admite a possibilidade da propositura da ação desacompanhada da prova documental, quando o documento indispensável à sua propositura esteja estabelecimento público ou em poder da autoridade ou de terceiro que se recuse a fornecê-lo.

O Mandado de Segurança tem como objetivo buscar unicamente à invalidação de ato de autoridade, de tal forma se admite a desistência do impetrante a qualquer tempo, independente do motivo e consentimento do impetrado.

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.6 -18	2014
---	-----------	-------	---------	------

O mandado de segurança é, portanto, um processo de natureza e tramitação especial, tendo o rito sumaríssimo. A sentença é mandamental, pois contém uma ordem dirigida à autoridade coatora e de execução imediata, cumprindo-se por ofício do Juiz.

Ademais, sobre a sentença, destaca-se que a coisa julgada formada no Mandado de Segurança Individual, de acordo com o art. 14, § 4º da Lei 12.016, não alcança efeitos patrimoniais anteriores à impetração, de modo que o impetrante os pleiteará nas vias ordinárias, incidindo a Súmula 271/STF: “*Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria*”. Há, ainda, direitos patrimoniais que não podem ser reivindicados em Mandado de Segurança, considerando-se a Súmula 269/STF: “*O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.*”

O Estado de Direito somente existe quando garante a efetiva proteção aos direitos, individuais, coletivos e sociais, com o manejo de instrumentos hábeis e adequados para persecução da finalidade almejada. Nesse sentido, a Lei do Mandado de Segurança buscou garantir a pronta e rápida defesa dos interesses individuais e coletivos, sem prejuízo do princípio da ampla defesa.

## **1.1 Do mandado de segurança individual**

Não sendo o principal objeto deste trabalho, observa-se que os legitimados ativos no Mandado de Segurança Individual podem ser qualquer pessoa, seja esta física ou jurídica, pública ou privada, desde que titular de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão.

O legitimado passivo, por sua vez, será pessoa jurídica de direito público ou de direito privado que esteja no exercício de atribuições do Poder Público que, por sua vez, suportará os efeitos da sentença concessiva da ordem, conforme o art. 2º da Lei 12.016, e não a autoridade coatora que será, apenas, notificada para prestar informações, portanto, não assume a condição de parte no processo.

## **1.2 Do mandado de segurança coletivo**

A Constituição de 1988 ao constar no artigo 5º, LXX da CR/88 a possibilidade para sua impetração coletiva, criou a legitimidade ativa de determinados impetrantes.

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.7 -18	2014
---	-----------	-------	---------	------

De forma que ambos os mandados de segurança distinguem-se entre si apenas quanto ao impetrante que, no individual, é sempre pessoa física ou jurídica, que atua em nome próprio e por seu direito ameaçado ou violado, ao passo que, no coletivo, atua ora em nome próprio, ora na defesa de direitos da coletividade.

O mandado de segurança coletivo balizava-se pela jurisprudência e súmulas do STF vindo a ser normatizado no ano de 2009 pela Lei Ordinária nº 12.016.

Nesse sentido, o legislador perdeu a oportunidade de ampliar a proteção do direito coletivo, pois somente trouxe nos dois artigos que o disciplinam, que restringem as possibilidades de legitimação ativa do instituto, bem como ao omitiu a possibilidade do mandado de segurança ser impetrado para proteção de direitos difusos.

Nesse contexto, observa-se a existência de restrição dos legitimados ativos para impetração do mandado de segurança coletivo ocorrida nos termos do artigo 21 *caput* dessa Lei.

São somente legitimados os partidos políticos, as organizações sindicais, entidades de classe e associações constituídas e funcionando há pelo menos um ano.

E uma segunda restrição decorre da limitação da matéria que podem arguir, como se vê nos partidos políticos, os quais para poderem impetrarem mandado de segurança coletivo somente o podem fazer quando agirem “*na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária*”.

Limitação semelhante de matéria ocorre as organizações sindicais, entidades de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano.

Se, por um lado, é recomendável que os partidos políticos não se arvoreem na condição de guardiões dos direitos individuais, pelo risco de invadir-se a autonomia privada e extremar-se a politização do jurídico, por outro, é necessário reconhecer que essa limitação do art. 21 *caput* da Lei nº 12.016/09 não decorre do texto constitucional.

Assim, não é constitucionalmente lícito ao legislador impor restrições não previstas na Constituição, pois podem inviabilizaram a utilização do mandado de segurança coletivo.

Hely Lopes Meirelles possui a opinião de que se deve interpretar de forma restritiva o poder de agir dos partidos políticos. Para ele, os partidos políticos têm legitimação ativa para requererem mandado de segurança somente em benefício de seus associados.

Calmon de Passos, por sua vez, advoga a tese da desvinculação do mandado de segurança coletivo dos filiados do partido político, pois a decisão alcançaria também cidadãos sem vinculação partidária.

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.8 -18	2014
---	-----------	-------	---------	------



Na esteirada tese levantada por Calmon de Passos, se apresenta a Lei nº 9.096/95 que versa sobre os partidos políticos dispondo:

Art. 1º O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.

Considerando a relevância constitucional conferida aos partidos políticos nos artigos 14 e artigo 17 da Constituição Federal, é possível concluir que os interesses difusos encontram-se incluídos no elenco dos direitos fundamentais e, por essa razão, passíveis de serem defendidos por mandado de segurança coletivo impetrado por partido político, não havendo razão para limitar sua atuação na defesa, possibilitando apenas os direitos políticos e aos interesses de seus filiados.

Portanto, as interpretações restritivas à legitimação dos partidos políticos para a impetração de mandado de segurança coletivo não encontram sustentação na Constituição.

Registra-se, ademais, que o legislador infraconstitucional, além de violar a Constituição, também está em dissonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, que entende possível os partidos políticos defenderem, via mandado de segurança coletivo, qualquer interesse, não se restringindo apenas aos assuntos relativos a direitos políticos (finalidade partidária) ou a seus integrantes. Nesse sentido, confira-se:

Assim, se o partido político entender que determinado direito difuso se encontra ameaçado ou lesado por qualquer ato da administração, poderá fazer uso do mandado de segurança coletivo, que não se restringirá apenas aos assuntos relativos a direitos políticos e nem a seus integrantes<sup>4</sup>.

A alínea “b” do art. 5º, inciso LXX, da Constituição também conferiu legitimação ativa no mandado de segurança coletivo as organizações sindicais, entidades de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, mas o caput do artigo 21 da Lei nº 12.016 restringiu, nos mesmos moldes inconstitucionais do que foi feito em relação aos partidos políticos.

Atualmente, a súmula 629 do STF que traz a previsão da desnecessidade de autorização dos associados para que a entidade de classe impetre o mandado de segurança coletivo e a

<sup>4</sup>Min. Ellen Gracie, no STF, Pleno, RE nº 196.184, j. em 27.10.2004, RE 196.184, transcrições, Bol. Inf. do STF

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.9 -18	2014
---	-----------	-------	---------	------

súmula 630 do STF que *writ* não se destina apenas à defesa de direito líquido e certo da categoria, sendo cabível, também na defesa de parcela dos membros da entidade, foram incorporados na redação dos artigos 21 e 22 da lei 12.106/2009.

### **3 Do mandado de segurança coletivo como instrumento processual para a tutela dos direitos difusos**

Dentro de um aspecto histórico do Código Civil de 1916, do Código de Processo Civil de 1939 e de 1973, os conflitos eram resolvidos individualmente, dentro da tendência das garantias e proteções individuais.

Neste sentido, antes da Constituição de 1988, o mandado de segurança seguia a mesma corrente, fazendo com que os direitos tutelados se limitassem a individuais e coletivos de natureza transindividuais, desde que esses direitos sejam líquidos e certos.

Após muita controvérsia, haja vista que o tema dos direitos transindividuais e sua tutela jurisdicional ainda era muito recente no Brasil regido pela Constituição Federal de 1988, firmou-se tanto na doutrina como na jurisprudência o entendimento no sentido da possibilidade da tutela coletiva direitos. E dentro dela a tutela dos direitos difusos através do mandado de segurança coletivo.

Nos primeiros anos de aplicação, muito se discutiu se o mandado de segurança coletivo deveria tutelar apenas direitos coletivos, direitos individuais homogêneos, ou se também deveria incluir proteção aos direitos difusos. A tese vencedora na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a época foi àtese que garantiu maior amplitude da tutela, alcançando, portanto, todos os direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos).

Nesse sentido, “...*expresso meu entendimento no sentido de que o mandado de segurança coletivo protege tanto os interesses coletivos e difusos, quanto os direitos subjetivos.*” (RE 181.438-1/SP, STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, RT 734/229).

Também neste sentido, o voto da Min. Ellen Gracie, no STF, Pleno, RE n. 196.184, j. em 27.10.2004, *in literis*:

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.10 -18	2014
---	-----------	-------	----------	------

*“À agremiação partidária, não pode ser vedado o uso do mandado de segurança coletivo em hipóteses concretas em que estejam em risco, por exemplo, o patrimônio histórico, cultural ou ambiental de determinada comunidade. Assim, se o partido político entender que determinado direito difuso se encontra ameaçado ou lesado por qualquer ato da administração, poderá fazer uso do mandado de segurança coletivo, que não se restringirá apenas aos assuntos relativos a direitos políticos e nem a seus integrantes.” (RE 196.184, transcrições, Bol. Inf. do STF n.º. 372).*

Contudo, o legislador infraconstitucional, contrariando o posicionamento majoritário a época, adotou uma postura restritiva ao omitir no parágrafo único do art. 21 da Lei nº 12.016/2009 os direitos difusos, vedando, assim, implicitamente a defesa dessa espécie de direito transindividual pela via célere do mandado de segurança coletivo.

A corrente majoritária composta por Celso Agrícola Barbi, Carlos Alber Pimentel Uggere, Hermes Zaneti Júnior, Freddie Didier, Lúcia Valle Figueiredo, Ada Pellegrini, dentre outros, critica a exclusão dos direitos difusos na redação do parágrafo único do art. 21 da Lei nº 12.016/2009 e afirma que essa omissão do legislador infraconstitucional não impede a defesa desta espécie de direito transindividual via mandado de segurança coletivo, já que os únicos requisitos para a utilização deste instrumento constitucional processual, previstos no inciso LXIX do art. 5º da Constituição Federal, são a liquidez e certeza do direito tutelado e que este direito não seja amparável por *habeas corpus* ou *habeas data*.

Hoje é pacífico que a expressão “direito líquido e certo” deve ser compreendida como expressão integral, não cabendo a análise isolada de seus termos com base no Código Civil. Não é aquele direito certo quanto a sua existência e líquido quanto ao seu valor. Mas sim, é aquele cuja existência e delimitação são claras e passíveis de demonstração puramente documental. Essa admissibilidade pode ser perfeitamente executada no trato de direitos difusos, pois o que é ‘líquido e certo’ para o indivíduo, também pode sê-lo para a coletividade.

Ademais, por se tratar de ação prevista em norma constitucional, configurando-se uma garantia fundamental, sua interpretação deve se dar de forma a conceder a maior amplitude e efetividade possível a este instituto. Bem como qualquer restrição ao mandado de segurança coletivo deve ser compreendido como restrição a um direito fundamental e, como tal, deve ser justificado constitucionalmente.

Nesse sentido, Leonardo Carneiro da Cunha (2010, p.128-129) sustenta que deva ser feita uma interpretação do parágrafo único do art. 21 da Lei nº 12.016/2009 conforme a

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.11 -18	2014
---	-----------	-------	----------	------

Constituição e o princípio do acesso à justiça, permitindo assim que os direitos difusos sejam tutelados pela via do mandado de segurança coletivo.

Compartilham desse posicionamento Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Junior, ambos fundamentam a possibilidade de tutela dos direitos difusos via mandado de segurança coletivo na aplicação do princípio da não taxatividade da ação e do processo coletivo, que dispõe que quaisquer formas de tutela serão admitidas para a efetividade dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, nos termos do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor.

Afirmam, ainda, os referidos autores, que o parágrafo único do art. 21 da Lei nº 12.016/2009 é flagrantemente inconstitucional, pois:

Trata-se de violação do princípio da inafastabilidade (art. 5º, XXXV, CF/88), que garante que nenhuma afirmação de lesão ou de ameaça de lesão a direito será afastada da apreciação do Poder Judiciário. Esse princípio garante o direito ao processo jurisdicional, que deve ser adequado, efetivo, leal e com duração razoável. O direito ao processo adequado pressupõe o direito a um procedimento adequado, o que nos remete ao mandado de segurança, direito fundamental para a tutela de qualquer situação jurídica lesada ou ameaçada, que garante o direito. Afasta-se a possibilidade de o direito difuso ser tutelado por mandado de segurança, um excelente instrumento processual para a proteção de direitos ameaçados ou lesados por atos de poder.(...)  
Uma interpretação literal do art. 21 da Lei n. 12.016/2009 implicaria grave retrocesso social, com prejuízo a tutela constitucionalmente adequada (art. 5º, XXXV c/c art. 83 do CDC – princípio da atipicidade das ações coletivas). Cabe ao aplicador dar a interpretação conforme o texto normativo, para adequá-la ao microsistema da tutela coletiva e à Constituição Federal.

As disposições previstas no microsistema processual coletivo devem ser aplicadas subsidiariamente a todos os instrumentos jurídicos de proteção da tutela coletiva. Assim, impõe-se a efetivação do disposto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, irradiando sobre a Lei 12.016/2009.

Dessa forma, aplicando-se subsidiariamente o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, verifica-se a possibilidade de impetração de mandado de segurança coletivo para a defesa de direito e interesses difusos.

Assim, tendo em vista que o direito difuso se trata de interesse essencialmente coletivo, não há razão lógica para excluir a possibilidade de sua proteção por meio da utilização de um instrumento jurídico, cuja finalidade é justamente a proteção dos interesses transindividuais.

Autores como Gomes Júnior e Favreto (2009, p.192), consideram a omissão do legislador em deixar de incluir os direitos difusos no rol do art. 21 da Lei 12.016/09 irrelevante,

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.12 -18	2014
---	-----------	-------	----------	------

tendo em vista a inexistência de restrição no texto constitucional e a existência do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, que garante a possibilidade de proteção de direitos difusos por meio de qualquer ação capaz de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Também entendem pela inconstitucionalidade da previsão restritiva à defesa dos direitos difusos através do mandado de segurança coletivo, contida no parágrafo único do art. 21 da Lei nº 12.016/2009, Vidal Serrano Nunes Júnior e Marcelo Sciorilli<sup>5</sup>, pois defendem que a Constituição Federal, ao denominar o instituto de mandado de segurança coletivo, tinha como objetivo criar um novo mecanismo processual para a tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, ao lado da ação civil pública e da ação popular.

Justamente, com base nesse argumento se apoia a corrente contrária composta por doutrinadores como Hely Lopes Meirelles<sup>6</sup>, Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendesque sustentam ter o legislador agido corretamente ao não admitir a tutela dos direitos difusos através de mandado de segurança coletivo, pois essa espécie de direito transindividual já seria a bastante protegida pela ação civil pública e ação popular.

Contudo, tal argumento não merece prosperar porque a Ação Civil Pública, a Ação Popular e o Mandado de Segurança Coletivo podem juntos tutelar os direitos difusos, com fundamento nos princípios do acesso à justiça, da inafastabilidade do controle judicial, da atipicidade das ações no processo coletivo, além de tais ações coletivas possuem meios de procedimento, execução e finalidades diferentes entre si.

Senão vejamos, o Mandado de Segurança Coletivo possui o procedimento mais singelo e célere possível para defender um direito difuso, desde que este seja líquido e certo, já que não possui fase destinada a instrução probatória. A sentença pode ser considerada especial, pois possui imediata e implícita força executiva contra os atos administrativos.

Nesse sentido, se acolhida a segurança impetrada, o juiz vai além da simples declaração e condenação, pois expede ordem de autoridade para cumprimento imediato. Esta é, portanto uma ação mandamental que não permite a autoridade coatora resistir ao cumprimento do mandado judicial, pois na hipótese de desobediência fica sujeita as penas administrativas e criminais cabíveis.

A Ação Civil Pública, por outro lado, não possui um rito específico na Lei nº 7.347/85 de modo que segue o rito ordinário traçado pelo Código de Processo Civil, com algumas peculiaridades.

---

<sup>5</sup>Mandado de segurança, ação civil pública, ação popular, habeas data, mandado de injunção, p. 90-92.

<sup>6</sup>Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, p. 131-132

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.13 -18	2014
---	-----------	-------	----------	------

O objeto dessa ação pode ser a condenação ao pagamento de certa soma de dinheiro, ou o cumprimento de uma obrigação de fazer e não fazer. A regra, diante de direito difusos é a reparação *in natura*, ou seja, busca-se por meio de obras ou medidas tendentes a eliminar o dano aos bens da comunidade. A condenação a uma indenização em dinheiro somente acontecerá quando o dano for irreversível.

E a Ação Popular, por sua vez, salvo alguns detalhes da Lei nº 4.717/65, aplica também, como a Ação Civil Pública, o procedimento ordinário do CPC e a sentença decretará a invalidade do ato impugnado que feriu direito difuso e condenará os responsáveis por sua prática, portanto, tem força constitutiva e condenatória. (legitimidade ativa é fraca)

Portanto, percebe-se que a defesa dos direitos difusos via mandado de segurança coletivo permite uma celeridade, um procedimento singelo, uma finalidade e uma execução mandamental que não encontra precedentes nas demais ações coletivas que também visam tutelar os direitos difusos.

A título de demonstrar a polêmica e dificuldade de convergência que apresenta o tema apresenta-se outro representante da corrente contrária à defesa dos direitos difusos através do mandado de segurança coletivo.

O processualista Humberto Theodoro Jr<sup>7</sup> defende a restrição feita pelo legislador sobre o objeto do mandado de segurança coletivo somente aos direitos coletivos e individuais homogêneos, com o fundamento de que seria muito difícil conferir liquidez e certeza para tutelar direitos difusos, *in literis*:

sem uma relação jurídica básica bem definida a unir a coletividade à autoridade coatora, seria sempre muito difícil submeter os direitos difusos à exigência constitucional de liquidez e certeza de que se deve obrigatoriamente revestir o direito subjetivo tutelado pelo mandado de segurança.

Nessa mesma esteira, Uadi Lamêgo Bulos (1996, p. 64) garante que a certeza e liquidez dos direitos, cuja verificação judicial só se faz possível por meio de prova documental, descartaria a hipótese dos direitos difusos serem resguardados pelo mandado de segurança coletivo: “*Cremos que os interesses difusos, por serem espalhados ‘desorganizados’, muito amplos, fluidos e amorfos, não podem ser comprovados, documentalmente, na petição inicial.*” (Bulos, 1996, p. 65)

---

<sup>7</sup>HumbertoTheodoro Junior. O mandado de segurança segundo a Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.14 -18	2014
---	-----------	-------	----------	------

Também possui esse entendimento Ovídio Batista (1991, p.137), afirmando que o mandado de segurança, enquanto processo sumário e documental, não se coaduna, em seu limitadíssimo campo probatório, com uma situação contenciosa ilíquida por definição e incerta, como seria o caso do interesse legítimo. Não seria, portanto, possível à comprovação documental de violação dos direitos difusos, que estariam espalhados por toda a sociedade. Como garante Athos Gusmão Carneiro (2009, p. 12):

Devemos sublinhar que para o ajuizamento do mandado de segurança coletivo são exigíveis os mesmos pressupostos do mandado de segurança individual, a começar pela afirmação da existência de ‘direito líquido e certo’, sendo o writ de todo inadmissível relativamente aos chamados direitos difusos, para cuja tutela deve ser utilizado remédio jurídico outro, ação civil pública.

Em vista dos argumentos levantados pela corrente a favor e contra a inclusão dos direitos difusos na Lei nº 12.016, nítido perceber que a restrição contida no parágrafo único do art. 21 da lei, além de não encontrar fundamento de validade na Constituição Federal, não coaduna com o microsistema processual coletivo vigente. Pois, conforme dispõe expressamente o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor a respeito da possibilidade de utilização de todas as espécies de ações para a proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, o que vem a confirmar a admissão do mandado de segurança coletivo para a tutela dos direitos difusos.

Dizer que os direitos difusos são “*espalhados*”, “*desorganizados*”, “*muito amplos*”, “*fluidos*” ou “*amorfos*”, não podendo, por isso, serem comprovados, documentalmente, na petição inicial, indica uma concepção individualista do processo, como se tais direitos não dispusessem de garantias concretas para tutelá-los.

Nesse sentido, também a doutrina de Eduardo Arruda Alvim<sup>8</sup>, nos seguintes termos:

Com efeito, parece sustentável que, nada obstante o silêncio dos incisos I e II do parágrafo único do art. 21 da Lei 12.016/09, que tratam apenas dos direitos coletivos e individuais homogêneos, cabe, em tese, mandado de segurança também para a tutela de direitos difusos. 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.”

---

<sup>8</sup>Eduardo Arruda Alvim e Angélica Arruda Alvim. Legitimidade como condição para o exercício da ação de mandado de segurança, conforme a lei n. 12.016/2009, p. 127-128.

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.15 -18	2014
---	-----------	-------	----------	------

Dessa forma, caberá ao Poder Judiciário afastar a restrição prevista no parágrafo único do art. 21 da Lei nº 12.016/2009, em razão de sua inconstitucionalidade, permitindo, assim, a defesa dos direitos difusos pela via do mandado de segurança coletivo.

Posição esta defendida atualmente pela jurisprudência minoritária (v.g., STF, AgRg/MS 266-DF; STJ, MS 267-DF), *in liters*:

“Os interesses difusos e coletivos são protegidos pela ação civil pública, pela ação popular e pelo mandado de segurança coletivo, sem que um tenha o condão de substituir ou de ser pressuposto do outro.”

Além de nova mentalidade do judiciário para interpretação ampla e conforme a Constituição para a tutela dos direitos difusos, importante também o legislador, reconhecer e procurar corrigir tal falha por meio de alteração da Lei nº 12.016/09. Dessa forma, deve se incluir a proteção dos direitos difusos via mandado de segurança coletivo no art. 21, § 1º. Alteração legislativa esta que já encontra respaldo fático por meio do Projeto de Lei nº 222/2010 de autoria do Senador Valter Pereira que tramita no Senado Federal o Projeto que visa realizar, dentre outras medidas, a inclusão dos direitos difusos como sendo tutelados pelo Mandado de Segurança Coletivo.

#### **4 CONCLUSÃO**

O mandado de segurança como instrumento processual, com *status* de garantia constitucional e de controle judicial dos atos do Poder Público deve cumprir sua função dentro do movimento de reformas que buscava adaptar modelo tradicional de processo às necessidades dos novos tempos, marcados por relações cada vez mais impessoais e coletivizadas.

Assim, a Lei nº 12.016 promulgada em 2009 não seguiu as tendências atuais do Direito Processual Coletivo, incorporando ao regime dessa espécie coletiva as posições mais restritivas e conservadoras que vinham sendo debatidas pela doutrina e jurisprudência.

Nesse sentido, em relação aos direitos tuteláveis via mandado de segurança coletivo defende-se que apesar da Lei nº 12.016/09, prever a tutela apenas dos direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, também os direitos difusos podem ser por ele

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.16 -18	2014
---	-----------	-------	----------	------



resguardados, de acordo com uma interpretação compreensiva da Constituição e da sistemática processual coletiva brasileira.

Por falta de restrição ou vedação constitucional o mandado de segurança coletivo não deve ser limitado para tutela de um determinado tipo de direito, podendo o direito difuso ser objeto de um mandado de segurança coletivo.

O mandado de segurança coletivo é um instrumento processual com potencial de fortalecer as organizações associativas e os partidos políticos, de desonerar o Judiciário em relação ao julgamento de questões idênticas e de tornar mais célere e justa a atuação do Judiciário contra atos abusivos e ilegais do Poder Público.

Dessa forma, deve-se interpretar dentro de uma nova mentalidade do judiciário, dentro da interpretação Constitucional, e da sistemática processual coletiva brasileira de forma a possibilitar a tutela dos direitos difusos via o mandado de segurança coletivo.

### **Abstract**

Article aims to take reading on the effects of Law No. 12.016/09 focused on the regulation of Collective Writ of Mandamus. The law restricted the use of this collective procedural instrument for the protection of diffuse rights. The restriction has no basis of validity in the Federal Constitution and not line with the collective procedural microsystem. Thus, the diffuse rights must be included in the list of rights protected via collective writ of mandamus.

**Key Words:** Civil Procedure; Collective Rights; Collective Injunction; Diffuse Rights.

### **Referências**

JAYME, F. G. Mandado de Segurança de acordo com a lei nº 12.016/2009. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

DIDIER, F.; ZANETI, H. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. Volume 4, 6º Edição. Salvador: Podivm, 2011.

VALÉRIO, P. Y., Tese de Mestrado: A Especialização do Mandado de Segurança Coletivo na Tutela dos Direitos Coletivos no Brasil. Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação. Belo Horizonte, 2012.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. Mandado de segurança coletivo e os direitos difusos: Art. 21, par.ún., da Lei n. 12.016/2009. Interpretação conforme a Constituição Federal. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 10 out. 2009.

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.17 -18	2014
---	-----------	-------	----------	------

JANOTTI, Leonardo de Sá. Revisitando institutos da teoria geral do processo à luz da tutela coletiva. Processo Civil - aspectos relevantes, São Paulo, volume 2, 2007, pg. 397 – 413.

MENDES, Aloiso Gonçalves de Castro. Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direitos comparado e nacional. Volume 4, 3º edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

Revista da Faculdade de Direito Milton Campos	Nova Lima	V. 29	p.18 -18	2014
---	-----------	-------	----------	------