

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ  
XXXIV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA  
NÚCLEO CURITIBA**

**VITOR HUGO DONIZETTI DE LIMA**

**A TUTELA COLETIVA POR MANDADO DE SEGURANÇA  
E A SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 21 DA LEI 12.016/2009**

**CURITIBA**

**2016**

**VITOR HUGO DONIZETTI DE LIMA**

**A TUTELA COLETIVA POR MANDADO DE SEGURANÇA  
E A SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 21 DA LEI 12.016/2009**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Des. Doutor Jorge de Oliveira Vargas

**CURITIBA**

**2016**

## TERMO DE APROVAÇÃO

VITOR HUGO DONIZETTI DE LIMA

A TUTELA COLETIVA POR MANDADO DE SEGURANÇA  
E A SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 21 DA LEI 12.016/2009

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: \_\_\_\_\_

Avaliador: \_\_\_\_\_

Avaliador: \_\_\_\_\_

Curitiba, de de 2016.

## DEDICATÓRIA

*Dedico este trabalho, como preito de gratidão eterna, a quem me permite sonhar e fazer:*

*A Deus e minha família.*

*“Tudo o que você pode fazer ou sonhar você alcançará,  
sendo assim, mãos à obra”.*

(GOETHE)

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus pais Mariza e Juramir por sempre incentivarem meus estudos.

Aos meus irmãos Higor e Rafael pela eterna amizade.

A minha namorada, pelo companheirismo, dedicação e zelo.

A meu orientador, Prof. Des. Doutor Jorge de Oliveira Vargas, pela disposição, gentileza, preocupação, atenção e compreensão na condução deste trabalho.

Aos meus colegas, pelos momentos felizes e descontraídos, que jamais serão esquecidos.

Obrigado a todos.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>08</b>
<b>2. MANDADO DE SEGURANÇA .....</b>	<b>09</b>
2.1 PERFIL E CARACTERÍSTICAS .....	10
2.2 NATUREZA JURÍDICA .....	11
2.3 CABIMENTO .....	11
2.4 DIREITO LÍQUIDO E CERTO .....	12
2.5 LEGITIMAÇÃO ATIVA E PASSIVA .....	12
2.6 COMPETÊNCIA E PRAZO DE IMPETRAÇÃO .....	13
<b>3. INTRODUÇÃO AO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO .....</b>	<b>15</b>
3.1 NATUREZA JURÍDICA .....	16
<b>4. DA LEGITIMIDADE ATIVA DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO .....</b>	<b>18</b>
4.1 PARTIDOS POLÍTICOS E A INCOSTITUCIONALIDADE DO CAPUT DO ART. 21 DA LEI 12.016/2009 .....	19
<b>5. OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO .....</b>	<b>23</b>
5.1 CLASSIFICAÇÃO E ESPÉCIES DE DIREITOS COLETIVOS .....	24
5.1.1 Interesses difusos .....	24
5.1.2 Interesses coletivos Strito Sensu .....	26
5.1.3 Interesses individuais homogêneos .....	29
5.2 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 21 DA LEI 12.016/2009 .....	34
<b>6. PROCEDIMENTO DA LEI E DA COISA JULGADA .....</b>	<b>39</b>
<b>7. CONCLUSÃO .....</b>	<b>44</b>
<b>8. REFERÊNCIAS .....</b>	<b>46</b>

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo trazer algumas considerações a respeito de aspectos do mandado de segurança e principalmente do mandado de segurança coletivo, os quais causam controvérsia tanto na doutrina como na jurisprudência. Aborda-se, num primeiro momento, a respeito das principais características do instituto do mandado de segurança, tanto na espécie individual como no coletivo. Após, serão trazidas discussões pertinentes sobre a legitimidade para o *writ* coletivo, com enfoque na celeuma existente a respeito da limitação infraconstitucional dada pela lei 12.016/2009 com relação à amplitude da legitimação dos partidos políticos, a qual não foi prevista na Constituição Federal e, por fim, a questão atinente ao objeto do mandado de segurança coletivo e a suposta inconstitucionalidade da lei 12.016/2009 quando não prevê os interesses difusos no rol dos direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo, dando detalhes para classificação dos direitos coletivos *lato sensu*.

Palavras-chave: Mandado de Segurança. Mandado de Segurança Coletivo. Inconstitucionalidade. Tutela Coletiva. Partidos Políticos.



## 1. INTRODUÇÃO

Em que pese à objetividade em que é tratado o instituto do mandado de segurança coletivo na Constituição Federal no seu artigo 5º, LXX, o tema sofre constantes discussões na doutrina brasileira. Tal situação fora agravada com o advento da Lei 12.016/2009, nos artigos 21 e 22, que contribuíram com o acaloramento do debate.

São diversas as questões de controvérsia sobre o assunto, tais como: legitimidade ativa e passiva, cabimento, litispendência, prazo para impetração e coisa julgada. Todavia, no presente trabalho, pretende-se limitar o estudo à legitimidade ativa no instituto, dando ênfase na celeuma existente sobre amplitude da legitimidade dos partidos políticos no mandado de segurança coletivo e a exclusão dos interesses difusos pelo *writ* coletivo, dada pela lei do mandado de segurança. Inicialmente necessária conceituação do mandado de segurança e objetiva exposição de seu histórico até os dias atuais. Posteriormente, da mesma forma deu-se com o mandado de segurança coletivo, passando ao seu fundamento constitucional e devidas características, dentre elas, os dois objetos de mais destaque no presente trabalho, consistentes na discussão no que tange à legitimidade ativa na propositura do mandado de segurança coletivo, com ênfase na legitimidade dos partidos políticos para tanto.

Por conseguinte, tratar-se-á da correta exposição das espécies de interesses abrangidos pelo *writ* coletivo, detalhando inicialmente as três espécies de direitos transindividuais, passando a discussão referente a exclusão dos direitos difusos na lei 12.016/2009, a qual apenas fez referência aos interesses coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos, trazendo para tal discussão o posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

## 2. MANDADO DE SEGURANÇA

O Mandado de segurança proveio da Carta de 1934. Omitido pelo Texto de 1937, a sua regulamentação ficou restrita à lei ordinária, voltando ao patamar constitucional só com a Lei Maior de 1946, perdurando até hoje.

A Constituição de 1988 arrola o mandado de segurança entre os direitos e garantias fundamentais. Esse instrumento processual constitucional muito utilizado nos dias atuais não nasceu de uma hora para outra. Curiosamente, embora haja em outros países institutos similares para proteção individual contra atos de autoridade pública, esse *mandamus* é uma criação brasileira. O genuíno instrumento de tutela de liberdades brasileiro foi fruto de árduo trabalho jurisprudencial e doutrinário devendo ser identificado como uma das grandes contribuições do direito nacional à cultura jurídica internacional.

Foi a doutrina brasileira do habeas corpus, num período em que o jurisdicionado começava a defender-se contra os arbítrios do Poder público e sentir o sabor da liberdade de locomoção física que ensejou a estruturação do mandado de segurança nos moldes em que é concebido na atualidade.

O professor Bulos em ricos detalhes demonstra a fonte de inspiração para o surgimento do instituto:

a fonte de inspiração imediata do mandado de segurança foi a teoria brasileira do habeas corpus, juntamente com os interditos possessórios e a ação anulatória de atos da administração (Lei n. 221/1894). Indiretamente, guarda similitude com institutos congêneres em vários writs do Direito anglo-americano (*mandamus*, *prohibition*, *certiorari*, *quo warrant*, *injunction*, *declaratory judgements*) e no juízo de amparo mexicano (Constituição de 1917), hondurenho e de El Salvador. Durante as Ordenações do Reino, tivemos institutos jurídicos parecidos com o mandado de segurança. Nas Ordenações Afonsinas, por exemplo, existiu a apelação extrajudicial, muito próxima do nosso writ. O mesmo se diga em relação às Ordenações Manuelinas. As Ordenações Filipinas, de 1603, que duraram cerca de duzentos anos em Portugal e influenciaram diretamente o Código Civil brasileiro, registraram a carta testemunhável, que deveria ser apresentada no prazo de trinta dias (2014, p. 755).

A origem do *mandamus* proveio da Carta de 1934, devido à ideia de ampliar o cabimento do habeas corpus, tornando-o, também, meio de proteção do indivíduo contra os atos ilegais oriundos do poder estatal, cuja regulamentação ficou a cargo da Lei 191/36. No entanto, já na Constituição de 1937 o legislador constituinte optou

por omitir o tratamento da matéria, que passou a ter previsão unicamente no âmbito infraconstitucional por meio de lei ordinária. O status constitucional do mandado segurança retornou com a Constituição de 1946, perdurando até hoje (MENDES, 2014).

No âmbito infraconstitucional, a Lei 191/36 foi substituída pela Lei L533/51, recentemente revogada pela Lei 12.016/2009, pela qual o legislador buscou compilar entendimentos jurisprudenciais e sistematizar o tratamento da matéria.

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

A nova Lei consolidou as normas sobre o mandado de segurança das Leis n. 1.533/51, 4.166/62, 4.348/64 e outras, regulando, pois, toda a matéria, de modo que, ainda que não constantes de revogação expressa, estão tacitamente revogados todos os dispositivos relativos ao Mandado de Segurança de outra legislação eventualmente existente (GRECO FILHO, 2009).

## 2.1 PERFIL E CARACTERÍSTICAS

Dispõe o art. 5º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso 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 (BRASIL, 1998, p. 35).

O texto constitucional também prevê o mandado de segurança coletivo, que poderá ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa de seus membros ou associados (art. 5º, LXX, *a* e *b*), o qual será tratado em capítulo futuro. A partir desse enunciado, sem a pretensão de esgotar o assunto, os parágrafos seguintes, demonstra os

principais aspectos desse regramento legal, complementando-os com entendimentos doutrinários e da jurisprudência dominante dos tribunais superiores.

## 2.2 NATUREZA JURÍDICA

O mandado de segurança é uma ação constitucional, a um só tempo, garantia constitucional e instrumento processual, de natureza civil. Como garantia, vem positivado na Carta Maior, que consagra os seus pressupostos de impetração. Como instrumento processual, trata-se de mecanismo de jurisdição contenciosa, verdadeira ação civil de rito sumário especial, usada para invalidar atos de autoridade, suprir omissões administrativas, evitando lesões a direitos líquidos e certos. Enquanto ação especial processa-se no juízo competente, pouco importando a índole do ato impugnado: cível, penal, administrativo, eleitoral, previdenciário, trabalhista, tributário, urbanístico etc (BULOS, 2014).

Ainda em relação a sua natureza, o âmbito de incidência do mandado de segurança é residual, subsidiário, pois somente é cabível quando o direito líquido e certo a ser protegido não for amparado por outros remédios judiciais (habeas corpus ou habeas data, ação popular etc).

## 2.3 CABIMENTO

Como já observado seu âmbito de incidência será definido de forma residual para proteger direito líquido e certo, 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 (MORAES, 2014).

Como se vê, o mandado de segurança é cabível contra qualquer ato comissivo ou omissivo do chamado "ato de autoridade", entendido como qualquer manifestação ou omissão do Poder Público, no desempenho de suas atribuições. Ressalte-se que não só as manifestações positivas, comissivas, são consideradas "atos de autoridade", pois as omissões das autoridades também podem violar direito líquido e certo do indivíduo, legitimando a impetração do mandado de segurança.

Nos termos do art. 1º, §1º, da Lei. 12.016/2009, equiparam-se às autoridades públicas, quanto à prática de atos reparáveis via mandado de segurança, 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 (MORAES, 2014).

## 2.4 DIREITO LÍQUIDO E CERTO

Entende-se por direito líquido e certo aquele comprovado de plano, ou seja, é aquele capaz de ser provado sem a necessidade de dilação probatória, não basta que seja provado por meio de prova documental, necessita de documentação inequívoca. No entanto, a simples existência de direito líquido e certo não resulta necessariamente da procedência do pedido, apenas evita a extinção do processo sem resolução do mérito, por se tratar de condição da ação. Por outro lado, a impetração de *writ* não pode se basear em simples conjecturas ou em alegações que dependem de dilação probatória, pois, por exemplo, ao se impugnar um ato administrativo, dotado de presunção de legitimidade, a exigência de direito líquido e certo obriga que o impetrante, já na inicial, desconstitua tal presunção. Ou seja, por não permitir dilação probatória, o mandado de segurança exige que todo o aspecto probatório envolvido na questão seja feito por meio de prova pré-constituída. Importante notar, conforme entendimento sumular do Supremo, não havendo fatos controvertidos entre as partes, o Judiciário não pode deixar de conhecer do pedido, mesmo que ele envolva matéria de direito com grande complexidade jurídica (MENDES, 2014).

Por fim, em relação à terminologia usada no texto constitucional a doutrina faz importante correção, na medida em que o direito é sempre líquido e certo, os fatos é que necessitam de comprovação.

## 2.5 LEGITIMAÇÃO ATIVA E PASSIVA

É o detentor de “direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*”, assim, quem tem legitimidade ativa: as pessoas físicas ou jurídicas,

nacionais ou estrangeiras, domiciliadas ou não no Brasil, as universalidades reconhecidas por lei, que, embora sem personalidade jurídica, possuem capacidade processual para defesa de seus direitos (o espólio, a massa falida, o condomínio de apartamentos, a herança, a massa do devedor insolvente etc.), os órgãos públicos de grau superior, na defesa de suas prerrogativas e atribuições, os agentes políticos (governador de estado, senadores, prefeito municipal, magistrados, deputados, vereadores, membros do Ministério Público, ministros de estado, secretários de estado etc.), na defesa de suas atribuições e prerrogativas, o Ministério Público etc.

Têm legitimidade passiva em mandado de segurança de acordo com o art. 6º, §3º da Lei n. 12.016/2009: autoridades públicas de quaisquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, sejam de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerçam, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas (incluídas as fundações governamentais com personalidade jurídica de direito público), os dirigentes de pessoas jurídicas de direito privado, integrantes ou não da administração pública formal, e as pessoas naturais, desde que eles estejam no exercício de atribuições do Poder Público, e somente no que disser respeito a essas atribuições.

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

Por fim, em seu art. 1º, §2º, a lei afirma que não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

## 2.6 COMPETÊNCIA E PRAZO DE IMPETRAÇÃO

A competência para processar e julgar o *mandamus* é fixada de acordo com a autoridade impetrada e sua sede funcional. A Constituição disciplinou assunto em parte em seu capítulo III – *Do Poder Judiciário* de seu título IV, estabelecendo que o julgamento do mandado de segurança será da competência originária, bem como na lei de mandado de segurança, a qual em seu art. 2º faz importante observação que quando a autoridade coatora exercer função federal se as consequências de ordem patrimonial do ato contra a qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada.

Moraes identifica a competência do mandado de segurança contra atos e omissões de tribunais:

*O Supremo Tribunal Federal carece de competência constitucional originária para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra qualquer ato ou omissão de Tribunal judiciário, tendo sido o art. 21, VI, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman) inteiramente recepcionado. Por essa razão, a jurisprudência do Supremo é pacífica em reafirmar a competência dos próprios Tribunais para processarem e julgarem os mandados de segurança impetrados contra seus atos e omissões. Assim sendo, não se encontra no âmbito das atribuições jurisdicionais da Suprema Corte a apreciação do writ mandamental, quando ajuizado, por exemplo, em face de deliberações emanadas do Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho, do Superior Tribunal de Justiça, do Superior Tribunal Militar, dos Tribunais de Justiça dos Estados, dos Tribunais Regionais Federais e, ainda, dos Tribunais de Alçada (2014, p. 168)*

Finalmente, o prazo para impetração do mandado de segurança é definido pelo art. 23 da Lei 12.016/09, embora o STF tenha afirmado a constitucionalidade de tal dispositivo legal que prevê 120 dias de prazo decadencial para a impetração do MS, resta ainda, com a devida *vênia*, duvidosa constitucionalidade de tal regra, pois é nítida a ofensa ao espírito da Constituição, porém esse trabalho não visa dirimir tal inconstitucionalidade.

### 3 INTRODUÇÃO AO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

A Constituição em seu art. 5º, LXIX, da CF de 1988 tratou do mandado de segurança, já previsto nas Constituições anteriores, como mecanismo de proteção de direitos líquidos e certos, não amparados 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.

No inciso seguinte foi introduzido de forma inédita importante remédio constitucional para a defesa dos interesses transindividuais: o mandado de segurança coletivo.

A essência do mandado de segurança coletivo é a mesma do individual. Tanto que os requisitos e as finalidades são os mesmos: a defesa de direito líquido e certo violado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica que esteja no exercício de direito público.

A diferença é que, no comum, o interesse defendido é individual, ao passo que, no coletivo, é transindividual. Ganha economia processual, pois, com apenas um mandado de segurança, poderá ser afastada a ilegalidade que prejudica grande número de pessoas. E afasta-se a possibilidade de decisões conflitantes, que certamente existiriam se, em vez de um só mandado coletivo, houvesse a impetração de numerosos individuais. Traduzindo, o legislador constituinte apenas facilitou o acesso a juízo, permitindo que pessoas jurídicas defendam o interesse de seus membros ou associados, ou ainda da sociedade como um todo, no caso dos partidos políticos, sem necessidade de um mandato especial, conforme dispõe a Súmula 629 do Supremo Tribunal Federal que “a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”, evitando-se a multiplicidade de demandas idênticas e consequente demora na prestação jurisdicional e fortalecendo as organizações classistas (BRASIL, p. 2117).

Portanto, a grande diferença reside em seu objeto e na legitimação ativa.

O mandado de segurança coletivo dessa forma é espécie do gênero mandado de segurança, como se verá adiante não se trata de nova figura de ação constitucional, ao lado do mandado de segurança tradicional, mas de forma diversa



de legitimação processual *ad causam*, consistindo em típico caso de *substituição processual*.

### 3.1 NATUREZA JURÍDICA

O instituto é regrado pela Lei n. 12.016/2009, possuindo regime jurídico vinculado, pois como já salientado acima, é subordinado aos mesmos requisitos constitucionais de impetração do mandado individual, a segurança coletiva é ação de rito sumário especial.

Distingue-se do mandado singular pela especificidade de seu objeto, que se pauta na defesa dos interesses coletivos, como o seu próprio *nomen juris* sugere, e dos interesses individuais homogêneos (BULOS, 2014).

No entanto Mendes faz importante observação:

Por outro lado, é preciso reconhecer que o regime de substituição processual conferido ao mandado de segurança para a tutela coletiva de direito líquido e certo deu novas dimensões ao *writ*, transformando-o em verdadeira ação coletiva. Por isso, ao mandado de segurança coletivo serão aplicadas também as normas relativas às ações coletivas (2014, p. 409).

Dessa observação, ampliam-se as diferenças entre as duas espécies de mandado de segurança, ou melhor, as consequências decorrentes da diferença quanto ao regime de legitimação ativa - que no mandado de segurança individual é pelo regime tradicional de representação e que no mandado coletivo é pelo regime de substituição processual - são muito mais profundas do que aparentam, nas palavras de Zavascki:

Conferiu-se ao mandado de segurança a excepcional virtualidade de ensejar proteção coletiva a um conjunto de direitos líquidos e certos, violados ou ameaçados por ato de autoridade. Em outras palavras: transformou-se o mandado de segurança em instrumento para tutela coletiva de direitos. Assim, o mandado de segurança coletivo é um mandado de segurança, mas é também uma ação coletiva, e isso faz enorme diferença (2014, p. 191).

Traduz, assim, que essa nova característica do *writ* coletivo identificado pela doutrina traz certas consequências que não são facilmente encontradas na lei que

disciplina tal instituto, muito pelo contrário, especialmente por não ter o formato idêntico as características originais do *mandamus* singular, um processo sumário formatado para atender a demandas com feições eminentemente individualistas destinadas a proteger direito líquido e certo, com titular já identificado, exigindo fatos demonstráveis por prova documental pré-constituída, terá, para melhor aplicação, utilizar de forma subsidiária às regras e princípios que regem a ação coletiva, a qual é denominado pela doutrina como *microssistema processual coletivo*, pois embora não haja um código de Processo Coletivo e não se pode utilizar o código de processo civil que tem suas características voltadas para ações individuais deve-se utilizar o Microssistema da Tutela Jurisdicional Coletiva, que é formado pela integração das ações coletivas que também é reconhecido pela jurisprudência como demonstrado pela 1º Turma do STJ (REsp 695396 / RS):

Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microssistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados com o escopo de "propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83 do CDC).

A doutrina representada por Didier confirma a existência desse microssistema ressaltando a importância do CDC:

Ao alterar a LACP, atuou como verdadeiro agente unificador e harmonizador, empregando e adequando à sistemática processual vigente do Código de Processo Civil e da LACP para defesa de direitos "difusos, coletivos, e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei 8.078, de 11.09. 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor". Com isso cria-se a novidade de um microssistema processual para as ações coletivas. No que for compatível, seja a ação popular, a ação civil pública, a ação de improbidade administrativa e mesmo o mandado de segurança coletivo, aplica-se o Título III do CDC. Desta ordem de observações fica fácil determinar, pelo menos para as finalidades práticas que se impõem, que o diploma em enfoque se tornou um verdadeiro "Código Brasileiro de Processos Coletivos" um "ordenamento processual geral" para a tutela coletiva (2014, p. 50).

Portanto, vez que insuficiente à utilização da lei 12.016/09, na medida em que de específico apenas, são os artigos 21 e 22 da citada lei que trazem disposições do processo ou procedimento para o mandado de segurança coletivo, assim, para melhor aplicação do *mandamus* coletivo trouxe a necessidade de utilizar de forma

subsidiária o denominado microssistema coletivo o qual é formado basicamente por leis esparsas, que tratam da tutela coletiva, como a Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), o Código de Processo Civil, tudo, obviamente, à luz da nossa Carta Maior.

#### **4 DA LEGITIMIDADE ATIVA DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO**

A legitimidade para impetração do mandado de segurança coletivo está expressa no art. 5º, LXX da Constituição Federal: os partidos políticos “com representação no Congresso Nacional”, e as organizações sindicais, entidades de classe ou associações “legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

Ocorre que art. 21, *caput*, da Lei n. 12.016/2009 trata da legitimidade para a impetração do mandado de segurança coletivo, atribuindo-a aos mesmos entes mencionados no Texto Constitucional. Mas o faz de forma mais restritiva:

O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, um ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial (BRASIL, 1990, p. 1893).

Antes, de adentrar ao mérito da discussão é importante ressaltar que a legitimação das entidades acima enumeradas, seja pelo texto constitucional ou infraconstitucional, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual (os legitimados defendem em nome próprio interesses alheios).

Não se exige, por isso, a autorização expressa dos titulares do direito, diferentemente do que ocorre no caso do inciso XXI do art. 5º da Carta Magna, que contempla caso de representação (e não de substituição).

Esse é entendimento do Supremo Tribunal Federal

Substituição processual - "Em se tratando de mandado de segurança coletivo, esta Corte já firmou o entendimento de que, em tal caso, a entidade de classe ou a associação é parte legítima para impetrá-lo, ocorrendo, nesse caso, substituição processual. Na substituição processual, distingue-se o substituto como parte em sentido formal e os substituídos como partes em sentido material, por serem estes, embora não integrando a relação processual, titulares do direito que, em nome próprio, é defendido pelo substituto" (STF, Recl. 1.097- AgRg, Rei. Min. Moreira Alves, Dj, de 12-11 -1999).

Dessa forma, por não se tratar de mera representação, não há também necessidade de que os titulares dos interesses autorizem o ajuizamento.

Esse é o entendimento pacífico do Supremo, inclusive, tal entendimento resultou na súmula 629 e, ainda, posteriormente regulamentado Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, no art. 21:

O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial (BRASIL, 2009, p. 1893).

O objetivo desse preceito, portanto, foi fixar a legitimidade ativa do writ coletivo para partidos políticos, sindicatos, entidades de classe e associações, acompanhando o enunciado geral do art. 5º, LXX, da Carta de 1988.

Entretanto, ocorre que esta norma criou uma restrição em relação aos partidos políticos, os quais, segundo a lei cabem apenas à defesa de seus interesses legítimos, relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária; e em relação às organizações sindicais, entidades de classe ou associações, a defesa dos direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte dos seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades. Isto é, a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXX, alínea "a", ao conferir a legitimação ativa para partido político impetrar o mandado de segurança coletivo, apenas fez referência ao legitimado sem nenhuma outra consideração. Mas, o legislador infraconstitucional ao mencionar que o partido político pode impetrar o mandamus, acrescentou "na defesa de seus interesses legítimos, relativos a seus

integrantes ou à finalidade partidária” agindo, assim, de forma inconstitucional, o qual passo a demonstrar.

#### 4.1 PARTIDOS POLÍTICOS E A INCONSTITUCIONALIDADE DO CAPUT DO ART. 21 DA LEI 12.016/2009

É indiscutível a legitimidade *ad causam* dos partidos políticos como sujeitos de direito para ajuizar a segurança coletiva. Ocorre, como já salientado, a norma infraconstitucional adicionou mais um requisito, qual seja, o de que estão sujeitos o de demandar apenas para tutela de direitos individuais dos seus filiados, ou seja, não basta que o partido possua representação no Congresso Nacional.

Não parece a melhor solução, para melhor orientação é necessário a definição de Partido político:

Segundo a Lei Geral dos Partidos Políticos (Lei n. 9.096 de 1995):

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 (BRASIL, 1995, p. 1664).

Portanto, embora possua um fenômeno associativo como as demais entidades legitimadas, possui finalidade completamente distinta, pois os partidos não têm como razão de ser a satisfação de necessidades ou interesses particulares de seus filiados, nem são eles o objeto das atividades partidárias. Diverso das demais associações sindicais e classistas, cujo objeto está voltado para dentro de si mesma, já que ligado diretamente aos interesses dos associados, ao contrário, os partidos visam os objetivos externos, só remotamente relacionados a interesses específicos de seus filiados (ZAVASCKI, 2014).

Sob essa perspectiva Moraes:

Ora, se todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição (CF, art. 1º, parágrafo único), sendo indispensável para o exercício da capacidade eleitoral passiva (*elegibilidadade*) o alistamento eleitoral (CF, art. 14, § 3º, III), a razão de existência dos partidos políticos é a própria *subsistência do Estado Democrático* de Direito e da preservação dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 1º, V - consagra o pluralismo político como um dos

fundamentos da República Federativa do Brasil). Nesta esteira de raciocínio, o legislador constituinte pretende fortalecê-los concedendo-lhes legitimação para o mandado de segurança coletivo, para a defesa da própria sociedade contra atos ilegais ou abusivos por parte da autoridade pública. Cercear essa legitimação somente para seus próprios interesses ou de seus filiados é retirar dos partidos políticos a característica de essencialidade em um Estado Democrático de Direito e transformá-lo em mera associação privada, o que, certamente, não foi à intenção do legislador constituinte (2014, P. 174).

Mas, afinal, os partidos, nacionalmente representados no Congresso, podem defender, mediante mandado coletivo, todo e qualquer direito dos cidadãos ou somente os direitos de seus filiados?

Na mesma linha do professor Alexandre de Moraes a brilhante doutrina de Bulos milita fortemente na maior abrangência da legitimidade ativa dos partidos, ou seja, em sentido contrário ao art. 21 da Lei 12.016/2009 que a limitou:

Tudo que estiver relacionado ao regime democrático, à tutela dos direitos humanos fundamentais, à autenticidade do regime representativo comporta writ coletivo. Satisfeitos tais requisitos, o partido possuirá legitimidade ativa para defender interesses coletivos ou individuais homogêneos. Pouco importa se de seus filiados ou de cidadãos. O importante é ampliar a garantia, e não subvertê-la mediante exegese restritiva de suas potencialidades. Impende observar todo o comando de normas do Texto de Outubro, a exemplo dos preceitos que asseguram a representação popular (art. 12, parágrafo único) e o pluralismo político (art. 1º, inc. V), os quais demonstram que os mandatários do povo são representantes de toda a sociedade, e não archotes das agremiações políticas de que fazem parte (2014, p. 779/780).

Ainda, no mesmo sentido Nery:

A CF 5º, LXX "a", ao conferir legitimação ativa para o partido político impetrar MS coletivo, apenas faz referência ao legitimado, sem nenhuma outra consideração. A norma aqui comentada, ao mencionar que o partido político pode impetrar MS coletivo "na defesa de seus interesses legítimos, relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária", confunde e mistura legitimidade ad causam com interesse processual, em inaceitável falta de técnica, acabando por restringir o direito à impetração a algumas situações, quando a CF 5º, LXX não restringe, o que significa que a Carta Política concede ampla liberdade para o partido político impetrar MS coletivo. A LMS 21 foi editada na contramão da hermenêutica constitucional, diminuindo inconstitucionalmente o espectro desse direito fundamental de MS garantido pela CF LXIX e LXX (2014, p. 1720).

No entanto, o argumento mais plausível para a legitimação ampla dos partidos políticos, logo a defesa da inconstitucionalidade do art. 21 é o fato da inexistência da limitação no texto constitucional, o que é especialmente significativo

ante a menção expressa a ela na letra “b” do mesmo inciso, a evidenciar que a omissão anterior não foi desatenta (ZAVASCKI, P. 196).

Entendimento esse de acordo com o informativo 372 do STF que Moraes em sua obra o faz com destaque:

Os *partidos políticos*, desde que representados no Congresso Nacional, têm legitimação ampla, podendo proteger quaisquer interesses coletivos ou difusos ligados à sociedade. Como salientado pela Ministra Ellen Gracie, “se o legislador constitucional dividiu os legitimados para a impetração do mandado de segurança coletivo em duas alíneas, e empregou somente com relação à organização sindical, à entidade de classe e à associação legalmente constituída a expressão *em defesa dos interesses de seus membros ou associados* é porque não quis criar esta restrição aos partidos políticos. Isso significa dizer que está reconhecendo na Constituição o dever do partido político de zelar pelos interesses coletivos, independente de estarem relacionados a seus filiados”, além disso, afirma “não haver limitações materiais ao uso deste instituto por agremiações partidárias, à semelhança do que ocorre na legitimação para propor ações declaratórias de inconstitucionalidade” e conclui que “tudo o que foi dito a respeito da legitimação dos partidos políticos na ação direta de inconstitucionalidade pode ser aplicado ao mandado de segurança coletivo” (2014, p. 174).

É importante ressaltar, que embora não haja entendimento unânime nos tribunais superiores, principalmente no Superior Tribunal de Justiça em que os precedentes seguem uma linha mais retraída, admitindo a legitimidade das agremiações políticas exclusivamente para a defesa dos interesses de seus filiados, já no Supremo, conforme já descrito no informativo de nº 372, o entendimento que vem prevalecendo e pela admissão da possibilidade de que os partidos manejem o *writ* não apenas relacionados aos seus filiados, mas, também, em prol de direitos difusos e coletivos.

Como visto, embora não seja pacífico o entendimento dos tribunais superiores, a doutrina por outro lado, vem de forma majoritária sustentando pela mais ampla legitimidade dos partidos políticos, conforme da descrito por Bulos, Moraes e Nery acima, do mesmo modo é o entendimento de Fredie Didier:

a) se a legitimação dos partidos políticos para as ações diretas de constitucionalidade não exige pertinência temática, porque haveria de exigila oMSC; b) os partidos políticos não existem em razão dos interesses de seus membros, mas sim de um programa de governo, logo o controle de sua legitimidade não podese restrito aos interesses dos filiados; c) a Constituição não limitou a legitimação dos partidos políticos, subjetiva ou objetivamente, justamente por valorizar estes corpos intermediários da sociedade civil como entes vocacionados à defesa da sociedade em face das lesões das pessoas jurídicas de direito público ou no exercício de função

delegada do Poder Público já que a sua finalidade é transformara sociedade e conseqüentemente fiscalizar o Poder Público no exercício de seus deveres constitucionais (2014, p. 228).

Conclui-se, finalmente, que o *caput* do art. 21 da Lei n. 12.016/2009 "praticamente" reproduziu o texto constitucional, apenas introduziu um trecho que não consta da CF/88, relativo, a legitimidade dos partidos políticos: o mandado de segurança coletivo por eles impetrado deve sê-lo na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária. Resta nítido que a lei, dessa forma, reduziu expressamente a legitimação, criando limitação subjetiva, relativa aos integrantes do partido político, e objetiva, relativa a finalidade partidária, como bem definido acima por Didier "pertinência temática", ambas não prevista na Carta Maior.

Contudo, a norma infraconstitucional disciplinou a impetração de *writ* coletivo com inaceitável inconstitucionalidade, na contramão da hermenêutica constitucional, apequenando a garantia fundamental do *mandamus* ao conferir a legitimação ativa para partido político, acabando por restringir o direito a impetração a determinadas situações, quando a Constituição em seu artigo 5º, LXX não restringe.

## **5 OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO**

Em relação ao objeto do mandado de segurança coletivo, pode-se afirmar que tal instrumento processual, na qualidade de ação coletiva, não visa apenas à tutela de direitos individuais (simples ou homogêneos), mas também de direitos coletivos (são os chamados direitos metaindividuais, ou transindividuais, ou direitos coletivos em sentido amplo).

Os direitos metaindividuais são classificados em três grupos: difusos, coletivos e individuais homogêneos. No entanto, a Lei n. 12.016/2009, em seu artigo 21, restringiu o que não foi restrito pelo constituinte afastando a proteção de interesses *difusos* pelo mandado de segurança coletivo, como pode se observar no 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 (BRASIL, 2009, p. 1893).

Dessa forma, é possível observar que embora o texto constitucional não faça tal distinção, muito menos, restrinja a amplitude do *mandamus* legislação infraconstitucional não apenas distingue, como diminui a amplitude do *writ*, quando não contempla a figura dos *interesses* (direitos) *difusos*. Tendo em vista que tal discussão será matéria de combate nesse trabalho, merece dessa forma maior detalhamento, a qual se dará com minuciosa classificação.

## 5.1 DA CLASSIFICAÇÃO E ESPÉCIES DE DIREITOS COLETIVOS

Diga-se, desde já, que embora a Constituição Federal de 1998 tivesse feito referência aos direitos difusos e coletivos em seu artigo 129, foi a Lei nº 8.078/90 que tratou de apresentar os parâmetros definidores de direito difuso e direito coletivo, trazer a definição legal de cada modalidade, e incluir uma nova espécie, a dos direitos individuais homogêneos, as quais estão em perfeita consonância com o sistema constitucional.

### 5.1.1 Interesses Difusos

Difusos são, como conceitua o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 81, inciso I: “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. (1990, p. 81). Os interesses difusos como os outros interesses são classificados no CDC utilizando três critérios básicos para defini-los e distingui-los, quais sejam: o critério subjetivo (titularidade do direito material); objetivo (divisibilidade do direito material) e de origem ou natureza (origem do direito material).

Verifica-se na análise do artigo acima citado que os direitos difusos têm as seguintes características:

- i. *titularidade do direito*: titulares indetermináveis – ou seja, *transindividuais*, com indeterminação absoluta dos titulares;
- ii. *divisibilidade do direito*: direitos (ou interesses) indivisíveis - pois, não podem ser lesados nem satisfeitos senão em forma que afete a todos os possíveis titulares - Exemplo: Direito ao meio ambiente equilibrado (CF, art. 225);
- iii. *origem do direito*: vínculo fático (não jurídico).

Ainda sobre a conceituação, é importante destacar que, quanto a *titularidade do direito*, os direitos difusos, têm como característica que seus sujeitos são indetermináveis e/ou indeterminados, pois os titulares do direito são todas as pessoas da coletividade que correm o risco, já sofreram ou estão sofrendo com a má qualidade do ar, em decorrência de elevada poluição no território brasileiro, ou seja, não é possível identificar individualmente aqueles que estão expostos. Por isso, essa conceituação não decorre de simples distinção elaborada pelo legislador, mas trata-se de situação de fato.

A segunda característica dos direitos difusos é que estes são *indivisíveis*, também resultante de sua própria natureza, pois imagine uma região em que fábricas emitam poluentes, colocando em risco a saúde dos que assistem nesta região. Não há como proteger apenas determinados moradores, sem preservar os demais, por isso o interesse discutido é *indivisível*.

A indivisibilidade do direito material justifica-se porque os direitos difusos pertencem a todos os titulares simultaneamente e indistintamente. Não podem ser compartilhados (só podem ser considerados como um todo) porque não há como se partilhar algo quando os titulares são indefinidos (LENZA, 2005).

No mesmo sentido, Garcia cita o professor Moreira:

Há, por assim dizer, uma comunhão indivisível de que participam todos os possíveis interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a 'quota' de um e começa a de outro. Por isso mesmo, instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união, que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade (MOREIRA, 1985, p. 55 apud GARCIA, 2015, p. 475).

Assim, por exemplo, o interesse ao meio ambiente agradável, compartilhado por um número indeterminável de pessoas, não pode ser quantificado entre os membros da coletividade. Também o produto da eventual indenização obtida em razão da degradação ambiental não pode ser repartido entre os integrantes do grupo lesado, não apenas porque cada um dos lesados não pode ser individualmente determinado, mas porque o próprio objeto do interesse em si mesmo é indivisível. Desta maneira, estão incluídos no grupo lesado não só os atuais assistidos da região atingida, como também os futuros moradores do local; não só as pessoas que ali vivem atualmente, mas até mesmo as gerações futuras, que, não raro, também suportarão os efeitos da degradação ambiental. Em si mesmo, portanto, o próprio interesse em disputa é indivisível.

Ao final, em relação a *origem do direito*, embora o Código de Defesa do Consumidor se refira a ser uma situação fática o elo comum entre os lesados que compartilhem o mesmo interesse difuso, é evidente que essa relação fática também se subordina a uma relação jurídica (pois, por exemplo, a garantia de um meio ambiente sadio ou a proibição da publicidade enganosa decorrem de lei) (MAZZILLI, 2007).

Entretanto, no caso dos interesses difusos, a lesão ao grupo não decorrerá diretamente da relação jurídica em si, mas sim da situação fática resultante. Assim, por exemplo, o interesse difuso das pessoas de possuírem um ambiente sadio ou dos consumidores de que a propaganda seja proibida de ser transmitida tem fundamento jurídico, seja em âmbito constitucional, seja em âmbito infraconstitucional (na hipótese trata-se do Código de Defesa do Consumidor). Contudo, não há uma relação jurídica comum que os una ao responsável pela poluição ou pela propaganda, e sim apenas o fato de estarem potencialmente expostos a poluição ou a publicidade (MAZZILLI, 2007).

### **5.1.2 Interesses Coletivos *Strito Sensu***

Apesar do *gênero* Processo Coletivo, possuir diversas denominações como interesses metaindividuais ou transindividuais, o mais utilizado na doutrina, é a forma genérica, qual seja, *Interesses Coletivos*, inclusive, o próprio constituinte

quando se referiu a direitos coletivos em seu Título II, artigo 129, inciso III, utilizou tal denominação.

Ainda nesse sentido o próprio Código de Defesa do Consumidor disciplina a ação coletiva, denominado, portanto, *interesses coletivos*, ou seja, a mesma denominação utilizada para identificar a *espécie* aqui estudada. Assim, para distingui-las foi necessário chamar a primeira de Interesse Coletivo em sentido *lato sensu* e a segunda, em sentido *strito sensu*.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 81, inciso II, entretanto, introduziu também um conceito mais restrito de interesses coletivos. Coletivos em sentido estrito, como 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” (BRASIL, 1990, p. 963).

Diante disso, igualmente aos interesses difusos, os coletivos também são classificados diante de suas características, são estas:

- I. titularidade do direito: titulares determináveis;
- II. divisibilidade do direito: direitos (ou interesses) indivisíveis - pois, não podem ser lesados nem satisfeitos senão em forma que afete a todos os possíveis titulares - Exemplo: Direito da classe dos médicos;
- III. Origem do direito: titulares ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

De início, é primordial distinguir o interesse coletivo (*strito sensu*) do difuso, enquanto o difuso tem como titulares pessoas indetermináveis, o coletivo (*strito sensu*) tem pessoas que são determináveis em função da relação jurídica base.

Entre os interesses difusos e os coletivos *strito sensu* a distinção fica por conta do elemento subjetivo, tendo em vista que nos difusos inexistente qualquer vínculo jurídico que os ligue com os membros do grupo entre si ou com a parte contrária, de maneira que os titulares dos interesses difusos são indeterminados e indetermináveis, unidos apenas por circunstâncias de fato (como morar na mesma região, consumir os mesmos produtos, participar das mesmas atividades empresariais). Diferentemente dos interesses coletivos, que tem-se um grupo, categoria ou classe de pessoas religadas por uma relação jurídica-base instituída entre elas (como acontece, por exemplo, quanto aos membros de uma associação) ou com a parte contrária (como nas relações tributárias, em que cada contribuinte é titular de uma relação jurídica com o fisco) (GRINOVER, 2011).

Portanto, apesar de não ser exigido que se encontrem todos os titulares (lesados), como explicado mais a frente, é perfeitamente possível determinar quais são os titulares, em razão dessa relação jurídica-base, que deve ser obrigatoriamente *anterior* a lesão (*Origem do direto*, característica “III”) e não nascida com a própria lesão.

Assim, exemplo utilizado na doutrina, é o direito contra o reajuste abusivo das mensalidades escolares, em que somente os alunos são afetados. Observe-se que é perfeitamente possível determinar quais são os titulares, neste caso os alunos da mesma escola, cujo vínculo que os une a escola é preexistente a qualquer lesão que possa ocorrer. Diante do exemplo, fica nítido que se trata de direitos coletivos *strito sensu*, uma vez que é possível determinar quais são os sujeitos lesados (os alunos que sofreram o aumento da mensalidade). Diferente do exemplo dado nos direitos difusos, no caso da publicidade enganosa ou da poluição, uma vez que, não há como determinar quais são os sujeitos lesados, já que boa parte da coletividade será lesada (MAZZILLI, 2007).

Os direitos coletivos com relação à *titularidade do direito*, como já apontado, diferentemente dos difusos, têm titulares determináveis, pois se diz respeito a *grupo, categoria ou classe de pessoas*. Conforme lição do professor Nunes “para a verificação da existência de um direito coletivo não há necessidade de se apontar concretamente um titular específico e real” (2012, p. 75).

Nesse sentido, Neves transcreve o professor Watanabe:

Mesmo sem organização, os interesses ou direitos ‘coletivos’, pelo fato de serem de natureza indivisível, apresentam identidade tal que, independentemente de sua harmonização formal ou amalgamação pela reunião de uma entidade representativa, passam a formar uma só unidade, tornando-se perfeitamente viável, e mesmo desejável, a sua proteção jurisdicional em forma molecular (WATANABE, 2011, p. 75 *apud* NEVES, 2014, p. 423).

Ao final, em relação à *divisibilidade do direito* o conteúdo é idêntico ao dos direitos difusos tendo em vista que não podem ser satisfeitos nem lesados senão de forma que afete a todos os possíveis titulares, ou seja, o direito ou interesse é insuscetível de ser dividido em quotas ou parcelas.

Utilizando o exemplo descrito acima, imagine que em relação à demanda coletiva ajuizada por uma Associação de Pais de Alunos contra uma ou várias

escolas para combater o reajuste abusivo imposto aos alunos, ou seja, todos os alunos estão na mesma situação jurídica base. Assim, se no exemplo citado a sentença der procedência ao pedido, afastando o aumento abusivo nas mensalidades, os efeitos da sentença não beneficiariam apenas os alunos (pais) que fazem parte da associação, como também a todos os titulares que se encontrassem na mesma situação jurídica, a saber, de sujeição ao aumento ilegal, uma vez que o objeto dos interesses coletivo é indivisível (no exemplo, se era ilegal em relação a uns, seria também em relação a todos que se encontrassem na mesma posição jurídica).

Portanto, a indivisibilidade do seu objeto faz com que a coisa julgada em relação aos direitos coletivos seja *ultra partes*, o que quer dizer que uma sentença de procedência beneficiará a todos os titulares.

Como se viu, o objeto do direito coletivo *strito sensu* é indivisível, mas, pode ocorrer simultaneamente que a violação ao direito coletivo gere também um direito individual ou individual homogêneo, tendo em vista que os lesados podem pretender a devolução das quantias pagas a mais pelos alunos, a tutela agora em análise será dos interesses individuais homogêneos, e não de interesses ou direitos coletivos.

### **5.1.3 Interesses Individuais Homogêneos**

Conforme prescreve o inciso III do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor: “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum” (BRASIL, 1990, p. 963).

Nota-se que foi criado pelo legislador com a finalidade de possibilitar a proteção coletiva de direitos individuais em dimensão coletiva (NEVES, 2014).

Os direitos individuais homogêneos têm como característica particular entre as três espécies aqui analisadas de direitos transindividuais, de que este é considerado como “acidentalmente coletivo” (MOREIRA, 1998 *apud* ZAVASCKI, 2014), pois essa classificação dada aos individuais homogêneos como espécie de direitos transindividuais, nada mais é sob o enfoque essencialmente processual, tendo em vista que embora passíveis de tutela coletiva na via judicial, estes são em sua essência e por natureza, genuínos direitos subjetivamente individuais.

Lembrando que, qualquer direito material existe antes e independentemente do processo.

Essa classificação busca definir e compreender os modelos processuais destinados à sua adequada e mais efetiva defesa. Concluindo, o seu ponto de contato com os difusos e coletivos é a possibilidade de sua defesa judicial dar-se por meio de ações coletivas, juntamente com o fim de proporcionar economia processual e eficaz acesso uns dos objetivos das ações coletivas.

Nesta linha de pensamento Bulos:

Indivíduos homogêneos são interesses acidentalmente coletivos. O rótulo individual homogêneo visa permitir que situações comuns, derivadas de gênese idêntica, recebam o devido amparo legal, tornando viável a defesa conjunta de vários interesses singulares. Interesses de origem comum são aqueles que possuem identidade com a causa petendi. Logo, as causas de pedir de tais interesses são precisamente as mesmas ou, ao menos, similares. Mas origem comum não significa que o fato gerador seja o único, e o mesmo, para todos os direitos individuais. O preponderante é que sejam situações juridicamente iguais, ainda que os fatos se diferenciem no plano empírico (2014, p. 775).

Zavascki acrescenta em outro sentido que apesar dessa espécie ter seus titulares determinados, diferente dos difusos e coletivos (lembra-se que, não obstante, nos difusos essa indeterminabilidade é absoluta, ao passo que nos coletivos ela é relativa), os efeitos gerados nesta ação pode acabar comprometendo também interesses sociais, ou seja, interesses de preservação de valores relevantes para a comunidade como um todo (transindividuais).

Todavia, a exemplo do que ocorre com os direitos subjetivos das pessoas de direito público, a lesão a certos direitos individuais homogêneos pode assumir tal grau de profundidade ou de extensão que acaba comprometendo também interesses sociais. **Realmente, há certos interesses individuais que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente individuais e passar a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade como um todo.** É o que ocorre, por exemplo, com os direitos individuais homogêneos dos atingidos por dano ambiental. Se, nos termos da Constituição, “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-los e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (CF, art. 225); e se “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (CF, art. 225, §3º), parece que a condenação dos responsáveis por aquelas condutas, seja no que diz respeito à reparação

dos danos difusamente causados, seja também o que diz com os danos causados diretamente a pessoas individualizadas e aos seus bens, constitui interesse de toda a comunidade na medida em que isso representa a defesa de um bem maior, que a todos diz respeito: o de preservar o direito à boa qualidade de vida e à sobrevivência da espécie. Ora, a defesa desse bem maior, que é de interesse social, acaba englobando também, ainda que indireta ou parcialmente, a defesa de direitos subjetivos individuais. (2014, p. 47-48, grifo nosso).

O Supremo Tribunal Federal ao qualificar os direitos individuais homogêneos, na linha da doutrina e encerrando a discussão, considerou os direitos como subespécie de direitos coletivos:

Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. *Direitos ou interesses homogêneos* são os que têm a mesma origem comum (*art. 81, III, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*), constituindo-se em **subespécie de direitos coletivos**. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *strito sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas (STF, RE 163.231-3/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, DJ 29/06/2001, grifo nosso).

Portanto, apesar de nitidamente tratar-se de direitos genuinamente subjetivos individuais, os direitos individuais homogêneos assumem às vezes a “roupagem” de direito coletivo, conseqüentemente, podem ser classificados como “acidentalmente coletivos” ou espécies de direito coletivo (*lato sensu*) (ZAVASCKI, 2014).

Classificam-se, portanto, como:

- i. titularidade do direito: titulares determinados ou determináveis – há perfeita identificação do sujeito, assim como da relação dele com o objeto do seu direito;
- ii. divisibilidade do direito: interesses ou direitos divisíveis – podem ser satisfeitos ou lesados em forma diferenciada e individualizada, satisfazendo ou lesando um ou alguns sem afetar os demais;



iii. origem do direito: conforme citado no artigo do Código de Defesa do Consumidor “decorrentes de *origem comum*”, pois seus titulares estão ligados entre si por uma situação de fato ou de direito comum (BRASIL, 1990, p. 963).

A *titularidade dos direitos* tem a determinabilidade dos titulares como ponto característico, tendo em vista que seus titulares são perfeitamente identificáveis, em razão de sua natureza (direitos subjetivos individuais).

Para reforçar tal raciocínio, Lenza destaca:

Os interesses individuais homogêneos caracterizam-se por sua divisibilidade plena, na medida em que além de serem os seus sujeitos determinados, não existe, por regra, qualquer vínculo jurídico ou relação jurídica-base legando-os, sendo que, em realidade, a conexão entre eles decorre de uma origem comum, como, por exemplo, o dano causado à saúde individual de determinados indivíduos, em decorrência da emissão de poluentes no ar por uma indústria. Diante disso, é perfeitamente identificável o prejuízo individual de cada qual, podendo-se dividir (cindir) o interesse, efetivando-se a prestação jurisdicional de maneira correlacionada ao dano particular (2005, p. 76).

Outro ponto característico, mas como principal traço distintivo para com os demais interesses, é a *divisibilidade do objeto*, onde os interesses podem ser satisfeitos ou lesados em forma diferenciada e individualizada, satisfazendo ou lesando um ou alguns sem afetar os demais, exemplo disso é que a lesão sofrida por cada titular pode ser reparada na proporção da respectiva ofensa, permitindo aos lesados optarem pelo ressarcimento de seu prejuízo via ação individual.

Como pondera Nunes:

A origem é comum e atingiu a todos os titulares determinados do direito individual homogêneo, mas o resultado real da violação é diversa para cada um, de tal modo que se trata de objeto que se cinde, que é divisível (2012, p. 884).

Assim, apesar da pertinência da ação coletiva, a sentença deve ser genérica, limitando-se a reconhecer a responsabilidade do réu pelos danos causados (CDC 95).

No futuro, deverão os titulares beneficiados (lesados) ou seus herdeiros se habilitarem no processo, a título individual, para procederem à liquidação da sentença, provando o dano sofrido, o eventual montante, e que se encontram na situação amparada pela decisão. É o que estabelece o art. 97 do Código de Defesa

do Consumidor: “A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82” (BRASIL, 1990, p. 964).

Na hipótese, a sentença condenatória, é certa, porém, ilíquida. Por isso, é necessária a habilitação dos consumidores (titulares ou sucessores) no processo. Tendo, conforme dito acima, provar que são vítimas do dano e o valor do seu dano (moral e/ou material).

Destaca-se o ensinamento de Grinover:

Por intermédio dos processos de liquidação, ocorrerá uma verdadeira habilitação das vítimas e sucessores, capaz de transformar a condenação pelos prejuízos globalmente causados do art. 85 em indenizações pelos danos individualmente sofridos (...). Aqui, cada liquidante, no processo de liquidação, deverá provar, em contraditório pleno e com cognição exauriente, a existência de seu dano pessoal e o nexó etiológico com o dano globalmente causados (ou seja, o *an*), além de quantificá-lo (ou seja, o *quantum*) (2011, p. 152-154).

Sustenta-se agora quanto à *origem do direito* decorrente de *origem comum*, pois seus titulares estão ligados entre si por uma situação fática ou jurídica em comum, por isso a denominação *homogêneos* (DIDIER, 2012).

Não implica necessariamente que os direitos tenham se originado de um fato ocorrido num mesmo lugar e ao mesmo tempo. Esclarece, nesse sentido, Watanabe:

A origem comum pode ser de fato ou de direito, e a expressão não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias de produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores em um largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a “origem comum” de todos eles (2011, p. 629).

Em complemento Didier:

O CDC conceitua os direitos individuais homogêneos como aqueles decorrentes de origem comum, ou seja, de direitos nascidos em consequência da própria lesão, ou, mais raramente, ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é *post factum* (fato lesivo). Não é necessário, contudo, que o fato se dê em um só lugar ou momento histórico,

mas que dele decorra a homogeneidade entre os direitos dos diversos titulares de pretensões individuais (2012, p. 78).

Concluindo, Didier cita Antonio Gidi:

A homogeneidade decorre da circunstância de serem os direitos individuais provenientes de uma origem comum. Isso possibilita, na prática, a defesa coletiva de direitos individuais, porque as peculiaridades inerentes a cada caso concreto são irrelevantes juridicamente, já que as lides individuais, no que diz respeito às questões de direito, são muito semelhantes e, em tese, a decisão deveria a mesma em todos e em cada um dos casos (1995, p. 30-31 *apud* 2012, p. 79).

Havendo, assim, um dano a grupo de titulares (consumidores) em razão de um mesmo fato, ou ainda de fatos semelhantes, pode-se afirmar que os direitos individuais de cada um deles ao eventual ressarcimento por seus danos sofridos são de origem comum. Igualmente, sendo possível que, mesmo diante de fatos distintos, um grupo de consumidores possa postular por um direito com base num mesmo fundamento jurídico, também poderá afirmar que seus direitos individuais decorrem de uma origem comum, tudo isso, pensando em termos processuais, porque a origem comum decorre dos dois elementos que compõem a causa de pedir: fato e fundamento jurídico.

Exemplifica-se com o exemplo mais tradicional usado na doutrina, compradores de veículo com defeitos de série, para apontar que, sem dúvida, há uma relação jurídica comum subjacente a esses consumidores, mas o que os liga no prejuízo sofrido não é a relação jurídica em si (diversamente do que ocorreria quando se tratasse de direitos coletivos, como numa ação civil pública que visassem combater uma cláusula abusiva em contrato de adesão), mas sim o fato de que compraram carros do mesmo lote produzindo com o defeito em série. Adiante, conclui que, nos interesses individuais homogêneos, a relação jurídica subjacente, quando existente, é invocada como causa de pedir, sem tendo em vista a reparação de um dano fático (MAZZILLI, 2009, p. 56-57 *apud* MASSON, 2014, p. 53).

## 5.2 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 21 DA LEI 12.016/2009

Observado de forma pormenorizada as espécies de direitos metaindividuais é de se concluir que o artigo 21 da Lei 12.016 restringiu de forma clara o objeto do mandado de segurança coletivo, quando intencionalmente decidiu por não se referir aos direitos difusos.

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

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

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante (BRASIL, 2009, p. 1893).

Diante da disposição legal apresentada no parágrafo anterior, remanesce na doutrina e na jurisprudência caloroso debate acerca da exclusão dos direitos difusos do rol dos interesses protegidos pelo mandado de segurança coletivo. Atualmente, não são raros os argumentos que apontam um retrocesso no manejo do writ dado pela lei 12.016/2009, inclusive, chega-se a questionar que, antes sem regulação legislativa, o manejo da ação mandamental era melhor sustentado, com base apenas na previsão constitucional e na cláusula geral do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, é importante analisar os argumentos defendidos especialmente pela doutrina que entende pela correta opção do legislador infraconstitucional de não ser cabível a impetração do mandado de segurança coletivo para a proteção de direitos difusos, com o argumento que estes não são compatíveis com o conceito de direito líquido e certo, exigência geral para o mandado de segurança (GRECO, 2010).

Nesse sentido, o posicionamento do professor Uadi Lamêgo Bulos:

É que o writ coletivo só pode ser impetrado nos casos de ofensa a direito líquido e certo. Sua índole sumária exige a observância de prova documental, algo que os interesses difusos -espalhados, fluidos e amorfos - não ensejam de modo inconcusso. Deveras, chamam-se de difusos os interesses metaindividuais, de índole indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias variáveis, contingentes, momentâneas. Promanam de fatores extremamente genéricos, acidentais e mutáveis. Neles inexistere relação-base bem definida, pois envolvem bens insuscetíveis de repartição. Exemplos: defesa do consumidor, meio ambiente, fauna e flora, segurança de acesso às fontes de informação, bens históricos, paisagísticos, religiosos, filosóficos, artísticos e culturais etc. Essa foi a diretriz consagrada pela Lei n. 12. 016, de 7 de agosto de 2009. Em seu art. 23, parágrafo único, estatuiu que os direitos protegidos pelo writ coletivo podem ser: (i) coletivos, assim entendidos 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; e (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.

Como se pode observar, o preceptivo seguiu a trilha da Lei da ação civil pública e do Código de Defesa do Consumidor, para definir os direitos coletivos e individuais homogêneos, os quais podem ser objeto do writ coletivo. Os direitos difusos, como sempre defendemos, não podem ser alvo da segurança coletiva, afinal, por serem amorfos e fluidos, encontram obstáculos para se apurar a sua liquidez e certeza. (2014, p. 774).

Apesar do esforço conceitual realizado pelo professor Bulos, tal explicação não parece suficiente para fundamentar a omissão do legislador infraconstitucional, muito menos para restringir um direito fundamental, que é o writ coletivo para a tutela de direitos difusos.

Com o devido respeito à tese contrária, tal posicionamento não merece prosperar.

Não resta dúvida de que o direito lesado ou sob risco de lesão precisa ser líquido e certo, em que o magistrado possa ter certeza da existência dos fatos em que se funda o direito do autor, sem a necessidade de dilação probatória.

A questão sobre o direito líquido e certo, portanto, não está relacionada propriamente a uma qualidade do direito material invocado, mas ao *meio* pelo qual os *fatos* que o amparam *podem ser provados*. Há direito líquido e certo quando não há controvérsia fática, ou quando, para a superação dessa controvérsia, a prova documental é suficiente.

Trata-se, assim, de pressuposto de natureza jurídica processual, pois sua ausência impediria a resolução do mérito (MASSON, 2014).

Portanto, embora se reconheça que é de difícil caracterização a prova para proteção de um direito difuso, ainda mais, de que ele seja comprovado de forma líquida e certa tendo em vista que realmente são *fluidos, indeterminados e indivisíveis*, mastais características são inerentes a sua espécie de direito transindividual. Contudo, a complexidade do direito substancial envolvido não é razoável para impedir a tutela por via do *mandamus*, dessa forma,obviamente, desde que tal proteção seja comprovada *prima facie*, por documentação inequívoca que deve ser juntada com a petição inicial do MS conforme o art. 6º da lei 12.016/2009, o direto ao *writ* deverá ser garantido para prestar tutela coletiva de direitos líquidos e certos ameaçados ou violados por ato de autoridade.

Masson, neste sentido, é feliz quando lembra a súmula do Supremo:

Não se confunde a ausência de direito líquido e certo (questão relacionada com a prova do fato)com eventual complexidade da questão jurídica posta em juízo. A Súmula 625 do Supremo TribunalFederal afirma que “controvérsia sobre a matéria de direito não impede a concessão de mandado de segurança”. Também é indiferente o fato de o caso envolver a análise de um expressivo volume dedocumentos. Desde que, para a comprovação dos fatos que amparam o direito do autor, baste que omagistrado examine os documentos e informações coligidos na ação, haverá direito líquido e certo (p. 379, 2014)

Assim, a complexidade da matéria é irrelevante para a aferição da liquidez e certeza do direito, caso contrário, flagrante seria a inconstitucionalidade (NERY, 2014).

É o entendimento do professores Fredie Didier e Hermes Zaneti Jr.:

A CF/88 conferiu ao mandado de segurança o status de direito fundamental individual e coletivo. Prescreve que o mandado de segurança será concedido a “direito líquido e certo não amparável por habeas data ou habeas corpus”. Qualquerdireito, portanto, pode ser tutelado por mandado de segurança, desde que seus fundamentos fáticos possam ser comprovados documentalmente.

A Constituição reconhece expressamente a existência dos direitos e deveres individuais e coletivos como direitos e garantias fundamentais, sendo que o writ do mandado de segurança está previsto exatamente neste capítulo. Ter um direito sem ter uma ação adequada para defendê-lo significa não poder exercê-lo, o que fere de morte a promessa constitucional e a força normativa da Constituição que dela decorre. Seria o equivalente a tornar *fiatus voeis*, bocas sem dentes, as garantias constitucionais. O processo de mandado de segurança tem rito célere e tradição constitucional longeva, que remete a formação da República no Brasil, sendo resultado histórica luta de Rui Barbosa para assegurar a tutela dos direitos civis por meio de remédio processual de matriz constitucional, o mandado de segurança.

Qualquer restrição ao mandado de segurança deve ser compreendida como restrição a um direito fundamental e, como tal, deve ser justificada constitucionalmente. O parágrafo único do art. 21 da Lei n. 12.016/2009 restringe, porém, o objeto do mandado de segurança coletivo aos direitos coletivos em sentido estrito e aos direitos individuais homogêneos.

A regra é flagrantemente inconstitucional. Trata-se de violação do princípio da inafastabilidade (art. 5º, XXXV, CF/88), que garante que nenhuma afirmação de lesão ou de ameaça de lesão a direitos 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 (2014, p. 130/131).

Afirma-se, portanto que o direito *transindividual*, ou seja, o difuso, o coletivo e o individual homogêneo podem ser protegidos pela ação coletiva de mandado de segurança, não tendo sentido qualquer distinção decorrente da natureza do direito material afirmado, por mais complexo que seja, visto ser o requisito “direito líquido e certo” de cunho eminentemente processual, referente à prova pré-constituída e não à qualidade do direito objetivo deduzido em juízo. É o exato entendimento do professor Sérgio Cruz Arenhart:

A noção de direito líquido e certo não tem, ao contrário do que a expressão possa sugerir, qualquer relação com espécie particular de direito. A rigor, todo direito que exista é líquido e certo, sendo evidente que a complexidade do raciocínio jurídico – que pode ser mais acessível para alguém e menos para outrem – não tem nenhuma relação com mencionada categoria. A liquidez e certeza do direito tem sim vinculação com a maior ou menor facilidade na demonstração dos fatos sobre os quais incide o Direito. Desse modo, a questão do direito líquido e certo se põe no campo da prova das afirmações de fato feitas pelo impetrante. Vale dizer que o mandado de segurança exige que o impetrante possa demonstrar sua alegação por prova direta, em específico, pela prova documental (2014, p. 1022).

Conclui-se, portanto, que o art. 21 da lei 12.016 em seu parágrafo único, em razão de restringir o objeto do mandado de segurança, revela-se inconstitucional, porquanto o texto constitucional que prevê o regulamento do direito material à segurança não restringe o alcance desse direito fundamental a qualquer espécie de direito, donde é lícito concluir que quando a lei não distingue não cabe ao interprete fazê-lo, ou melhor, quando a norma constitucional não restringe, não poderá o legislador infraconstitucional restringir.

Finalmente, diante de todo o exposto, pode-se afirmar que o mandado de segurança por ser impetrado para tutela de direitos individuais ou para tutela de

direito coletivos – difusos e coletivos. Impedir a tutela de direitos difusos mediante mandado de segurança coletivo a partir de uma interpretação literal do parágrafo único do art. 21 da LMS viola o princípio da inafastabilidade jurisdicional, que garante que nenhuma afirmação de lesão ou ameaça de lesão a direito será afastada da apreciação do Judiciário (art. 5º, XXXV, CF), ou mais especificadamente, importa em inquestionável *retrocesso na proteção* do direito fundamental à tutela adequada dos direitos. A alusão à tutela coletiva mediante mandado de segurança revela a preocupação constitucional com a *dimensão coletiva dos direitos* que é reconhecida expressamente como garantia fundamental, no capítulo I do título II da nossa Carta Maior (SARLET, 2012).



## 6 DO PROCEDIMENTO E DA COISA JULGADA

Como já salientado, quando a Constituição arrola o mandado de segurança coletivo entre os direitos fundamentais (inciso LXX), até então inédito em nosso direito, confere ao *writ* a excepcional virtualidade de ensejar proteção coletiva a um conjunto de direitos líquidos e certos, violados ou ameaçados por ato de autoridade. Ou seja, além de criar uma nova espécie de mandado de segurança, o transforma em instrumento para tutela coletiva de direitos. Como mandado de segurança, guarda o perfil constitucional de instrumento “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 suas atribuições do Poder Público”, conforme disposto na Constituição Federal no inciso LXIX do art. 5º. Porém, como ação coletiva, assume certas características totalmente distintas daquelas que se reveste a simples ação individual de mandado de segurança. Isso exige a adoção, para o *mandamus* coletivo, de normas processuais adequadas, diferentes da pura e simples apropriação das que regem o MS individual. Considerando a limitada disposição referente à legitimidade ativa e a finalidade do *writ* feita pela Carta Magna, que criou a ação, nada dispôs a respeito de seu procedimento. Com o advento da Lei 12.016/2009 após tramitação de quase 8 anos no Congresso Nacional esperava-se ao menos a regulamentação dos meios processuais e procedimentais adequados para a devida prestação da tutela coletiva, porém as alterações trazidas pela Lei 12.016/2009, trouxe apenas dois artigos específicos (arts. 21 e 22) frustrando a comunidade jurídica, não só pela escassez de soluções processuais e pelas imperdoáveis imprecisões técnicas gerando inaceitáveis inconstitucionalidades, já referidas nesse trabalho, mas pela perda da oportunidade para melhorar tecnicamente o texto da carta política.

O que se quer salientar, com isso, é que, o próprio mandado de segurança individual tem seu procedimento especial disciplinado de forma limitada. Todavia, como ocorre em relação a todos os demais procedimentos especiais, também ao do mandado de segurança aplicam-se subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento comum, conforme artigo 318 do Novo Código de Processo Civil. Já na ação coletiva de mandado de segurança tal fenômeno é mais complexo,

especialmente quando se levam em conta as características originais do mandado de segurança, que é o individual, um processo sumário formatado para atender a demandas com feições eminentemente individualistas, destinados a proteger direito líquido e certo, com titular já identificado, oriundo de fatos demonstráveis por prova documental pré-constituída, não é a toa certa resistência da doutrina, em especial por Uadi Lammêgo Bulos da não aceitação da proteção dos direitos difusos por mandado de segurança coletivo (*infra*, capítulo 5). Ora, tais características não são suscetíveis de plena e automática adaptação à nova espécie.

É de se reconhecer, dessa forma, conforme ensinamento de Zavascki que para vencer o desafio será indispensável aliar a aplicação subsidiária das normas do mandado de segurança individual às regras e aos princípios que regem a ação coletiva:

O mandado de segurança coletivo, a cujo respeito às poucas referências estão nos arts. 21 e 22 da Lei 12.016/2009, ficam sujeitos à múltipla aplicação de normas externas, a saber: *por analogia*, (a) das regras e dos princípios da ação individual do mandado de segurança e (b) das regras e dos princípios das ações coletivas; e, por *subsidiariedade*, (c) das regras e princípios do procedimento comum (2014, p. 201).

Passa-se a análise do procedimento do mandado de segurança coletivo através da aplicação, por analogia, das normas e princípios do mandado de segurança individual.

No que se refere ao rito propriamente dito, a aplicação analógica é praticamente integral, salvo com algumas peculiaridades, como, por exemplo, no que se refere à necessidade de prévia oitiva do Poder Público antes da concessão de liminares (art. 22, §2º da LMS), no mais a ação coletiva se reveste do caráter sumário desenhado na referida lei, cujos atos essenciais são os seguintes: petição inicial petição inicial deverá preencher os requisitos previstos nos arts. 319 a 321 do NCPC, e indicará a autoridade coatora e a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições. A petição será apresentada em duas vias, e os documentos que instruem a primeira devem estar reproduzidos na segunda (LMS, art. 6.º, *caput*). Em caso de urgência, o mandado de segurança poderá ser impetrado por telegrama, radiograma, fax ou outro meio de autenticidade comprovada (art. 4.º, *caput*), hipótese em que o texto original da petição inicial deverá ser apresentado nos cinco dias úteis seguintes (art. 4.º, § 2.º).

Caso o documento necessário à prova dos fatos alegados esteja em repartição ou estabelecimento público, ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão, ou em poder de terceiro, o juiz ordenará, por ofício, a exibição do documento em original ou em cópia autêntica, fixando o prazo em dez dias para cumprimento da ordem.

A inicial será desde logo indeferida quando não for o caso de mandado de segurança, ou lhe faltar algum dos requisitos legais, ou se já decorrido o prazo decadencial para a impetração (art. 10, *caput*), que é de 120 dias, contado da ciência, pelo interessado, do ato impugnado (art. 23).

Se não for o caso de indeferimento, o juiz, ao despachar a inicial, determinará: sobre eventual concessão de tutela antecipada (liminar) e notificação da autoridade impetrada (art. 7º, §1º); prestação de informações, em dez dias: parecer do *parquet*, também em dez dias (art. 12, *caput*); e sentença (art. 14).

Importante ressalva é feita por Zavascki, principalmente quando destinado a tutelar direitos individuais homogêneos:

Observa-se, como peculiaridade do mandado de segurança coletivo, a necessidade de haver, na petição inicial, indicação clara do âmbito de representatividade e dos fins associativos ou institucionais da entidade impetrante. Esses elementos são indispensáveis para demonstrar o interesse processual, para estabelecer os limites da legitimação e para identificar (a) os substituídos atingidos pela sentença, (b) a autoridade impetrante e (c) o juízo competente (2014, p. 202).

Dificuldades maiores situam-se na aplicação, por analogia, das normas e princípios das ações coletivas, pois quando se diz respeito aos direitos coletivos eles possuem algumas características básicas, as quais não foram detalhadas ou regulamentadas pela lei 12.016/2009, por isso se observa os princípios e normas do *microssistema processual coletivo*:

A repartição da atividade cognitiva, em que leva a uma redução do âmbito da cognição judicial, sob pena de comprometer a peculiar natureza que assume com essa configuração, não se atém e nem pode se ater a exame particular e individualizado dos direitos subjetivos objeto de proteção, ou seja, não se faz juízo específico e particular dos direitos subjetivos (líquidos e certos) de cada um dos substituídos processuais, pois não se trata de um simples litisconsórcio ativo (cumulação de causas individuais), mas de na grande maioria de direitos subjetivos homogêneos ou até mesmo direito subjetivos indetermináveis e indivisíveis.

Portanto, seu âmbito de cognição deverá estar focado unicamente no que diz respeito à ameaça ou à lesão dos direitos visualizados em seu conjunto.

Novamente, Zavascki faz outra importante observação:

As situações individuais, as condições pessoais e particulares dos titulares do direito subjetivo abrangido no mandado de segurança coletivo poderão, se for o caso, ser objeto de exame específico por ocasião de cumprimento da sentença mandamental. Nessa oportunidade, notificada a cumprir a sentença concessiva da ordem, a autoridade impetrada poderá opor eventuais objeções ou defesas que porventura tenha em relação a cada um dos possíveis beneficiados. Observando-se-ão, nessa fase de cumprimento, no que couber, as normas procedimentais de cumprimento (= liquidação e execução) da sentença genérica da ação civil coletiva (2014, p. 202-203).

Importante ainda ressaltar, conforme se faz ver especial no Código de Defesa do Consumidor é que a sentença coletiva possui certo grau de genericidade para compatibilizar com o regime de substituição processual que se dá, tendo em vista que caso concedida a segurança e notificada à autoridade para sustar ameaça ou para promover a devida reparação, deverá abrir-se a oportunidade para exame de situações individuais que, pela complexidade da matéria envolvida no *mandamus* dificilmente abrangerá todas as possíveis situações que podem ocorrer quando se trata de direitos coletivos.

Por fim, instituto fundamental que deve ser tratado é o regime da coisa julgada coletiva que o legislador infraconstitucional na lei do mandado de segurança apenas afirmou o óbvio que *a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante (art. 22, caput)*.

Em relação à coisa julgada no processo coletivo, novamente a lei deixou a desejar quando não faz qualquer distinção ou ressalva quando ao conteúdo da sentença, se de improcedência ou procedência do pedido, tratando apenas dos limites subjetivos da coisa julgada.

Sobre isso, o professor Fredie Didier traz seus ensinamentos:

O regime jurídico da coisa julgada não se compõe apenas pela definição dos seus limites subjetivos. É preciso definir qual é a técnica de produção da coisa julgada, se *pro et contra*, *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis*. A Lei n. 12.016/2009 nada disse a respeito deste tema. A ausência de regramento pode ser constatada após confrontamos o texto do art. 22 com o texto do inciso II do art. 103 do CDC, que cuida do regime da coisa julgada para os processos em que se discute direito coletivo (que também pode ser objeto de um mandado de segurança coletivo).

Eis o texto do art. 103, II, CDC: "Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81".

Note que há duas regras bem definidas neste inciso: a coisa julgada é ultra partes (limite subjetivo) e secundum eventum probationis ("salvo improcedência por insuficiência de provas", técnica de produção). Nada há na Lei n. 12 016/2009 a respeito da técnica de produção da coisa julgada, como se pode perceber após a leitura do art. 22, já mencionado.

Há, pois, lacuna normativa. Três são, teoricamente, as soluções possíveis. (...) A terceira opção parece ser a mais simples e, talvez por isso mesmo, a mais correta. Diante da lacuna, busca-se no microsistema a solução para o impasse. O modo de produção da coisa julgada no mandado de segurança coletivo é o mesmo previsto genericamente para as ações coletivas e está regulado no art. 103 do CDC: secundum eventum probationis, sem qualquer limitação quanto ao novo meio de prova que pode fundar a repositura da demanda coletiva. A extensão subjetiva da coisa julgada coletiva será secundum eventum litis, sem prejuízo das pretensões dos titulares de direitos individuais, mesmo no caso da desistência do processo prevista no § 1º do mesmo artigo, já que sabidamente a desistência não embaça a repositura da demanda (art. 267, VIII do CPC). Trata-se de solução mais adequada, porque mantém a coerência do sistema e evita o retrocesso em tema de mandado de segurança, que é um direito fundamental. (2014, p. 398-399).

Portanto, deve-se entender que a coisa julgada produz efeitos em relação às pessoas e entidades vinculadas ao processo, mesmo quando a sentença, julgando o mérito, denegar a ordem. Excluem-se, evidentemente, os que optarem pela não vinculação ao processo. O regime, portanto, deverá se dar por analogia aos princípios das ações coletivas (microsistema processual coletivo), na qual a sentença de improcedência também faz coisa julgada *erga omnes* salvo quando decorrer de deficiência ou insuficiência da produção de prova. Esse, com respeito aos posicionamentos diversos, e a interpretação mais correta diante de uma garantia constitucional fundamental que é o mandado de segurança coletivo.

## 7 CONCLUSÃO

Os comentários ora elaborados buscam, principalmente, apresentar uma visão dinâmica e aplicativa da lei devidamente interpretada, como não pode deixar de ser, à luz da Constituição Federal e dos avanços que se tem experimentado na legislação processual civil mais recente.

Pelo que se expôs, é de se concluir que o mandado de segurança coletivo é um importante instrumento de proteção de direitos, nascido com a Constituição Federal de 1988, que posteriormente foi regulamentado pela Lei 12.016/2009, depois de tramitar durante quase oito anos no Congresso Nacional, e que apesar de bastante aguardado, o seu advento trouxe diversos temas que são objetos de discussão na doutrina e na jurisprudência.

Não obstante, com sua vigência é imperioso reconhecer alguns avanços, contudo, não se pode negar que advieram inúmeros retrocessos, tendo por base, uma doutrina de que se modulava por mais de 50 anos, conforme mencionado acima, a qual faz duras críticas a diversos pontos da nova lei, entre elas, os dois temas objeto deste trabalho, restrição a amplitude da legitimação dos Partidos Políticos e a exclusão da tutela de interesses ou direitos difusos.

A exclusão dos direitos difusos, ou melhor a ausência intencional de previsão legal destes, tendo como principal argumento da doutrina que entende não ser cabível a impetração do *writ* coletivo para a proteção de direitos difusos por haver uma suposta incompatibilidade com o requisito dado pela própria Constituição de que o direito deve ser líquido e certo, ou seja, de que seria difícil para impetrante apresentar prova documental pré-constituída do direito difuso violado ou ameaçado por ato de autoridade. Mas, em que pese entendimento contrário, resguardado o devido respeito, certo é que a Lei 12.016/2009 incidiu em flagrante inconstitucionalidade quando restringiu o objeto do *writ* coletivo, pois não há incompatibilidade alguma entre tutela de direitos difusos e o pressuposto de natureza jurídico processual que é o direito líquido e certo, embora, não se discute que seja de difícil caracterização a prova de que um direito difuso que tem por característica ter titulares indetermináveis, com direitos indivisíveis comprove por documentação inequívoca (*direito líquido e certo*) que seus direitos vem sendo ameaçado ou violado por ato de autoridade. Contudo, a complexidade da matéria é

irrelevante para aferição da liquidez e certeza do direito, ou seja, a complexidade do direito material envolvido não é razoável para impedir tutela por mandado de segurança coletivo, o qual não é um simples procedimento para proteger direito coletivo como a ação civil pública ou ação de improbidade administrativa, mas de um remédio constitucional arrolado entre os direitos e garantias fundamentais.

Impõe-se, também, a defesa da inconstitucionalidade do *caput* do artigo 21, da lei 12.016/2009, seja por meio incidental pelos magistrados no caso concreto, seja de forma concentrada pelo Supremo Tribunal Federal, pois quando o legislador infraconstitucional impõe que o *mandamus* poderá ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, apenas *na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária*, quando limitação semelhante não há no texto constitucional, ao contrário, a norma constitucional quando arrola a garantia no rol dos direitos fundamentais não faz qualquer limitação, incorrendo dessa forma em inaceitável inconstitucionalidade, apequenando a garantia fundamental do mandado de segurança coletivo quando impetrado por partido político, o qual, especialmente, segundo a lei 9.096/95, tem por natureza assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal. Por fim, defende-se do ponto de vista constitucional a ampla liberdade para o partido político tutelar por mandado de segurança os direitos ameaçados ou violados por ato de autoridade, ainda que pertencentes a terceiros não filiados ou a qualquer interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo, independentemente de autorização.

## 8 REFERENCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Comentário ao artigo 5º, inciso LXX. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. 1990. **VADEMECUM**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Constituição Federal. 1988. **VADEMECUM**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. LEI Nº 12.016/2009, DE 12 DE AGOSTO DE 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e da outras providências. **VADEMECUM**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 695396**, 1ª Turma, Relator, Publicado em. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 20 de jun de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 1.097**, do Pleno, Relator: Ministro Moreira Alves, Julgado em 12/11/1999. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 22 de jul de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 163.231-3/SP**, do Pleno, Relator: Ministro Maurício Corrêa, Julgado em 29/06/2001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 22 de jul de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 196.184**, do Pleno, Relator: Ministra Ellen Gracie, Publicado em 27/10/2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 de jun de 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Volume 4**. 9ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2014.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETTI Jr., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor**. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. **O novo mandado de segurança: (comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009)**. São Paulo: Saraiva, 2010.



GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 2 ed. São Paulo: RT, 2005.

MASSON, Cleber. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo; Método, 2014

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2007

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30 ed: São Paulo: Atlas, 2014.

NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria. **Constituição Federal Comentada**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito do Consumidor**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2014.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.