

Mandado de Segurança Coletivo e os Direitos Difusos

Autore:

In: Diritto civile e commerciale

RESUMO:

A propósito de amadurecimento legislativo e acompanhando modernas tendências das ações coletivas, foi a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009, com vistas a regulamentar a previsão constitucional do mandado de segurança coletivo, quem procurou dar forma ao objeto de amparo do referido writ constitucional.

A Lei 1.533/51, revogada pela Lei 12.016/2009, em nada contribuía com o mandado de segurança coletivo sendo certo que, inobstante doutrinaria e jurisprudencialmente sinalizava-se sua evolução, embora alterada por outras leis no decorrer do tempo, somente com sua revogação o mandado de segurança coletivo passou a ter linhas bem mais definidas.

Houvesse o legislador observado as correntes doutrinárias e científicas, notadamente no que se refere ao chamado microssistema processual coletivo, a margem de especulação técnica jurídica sobre o objeto do mandado de segurança coletivo inexistiria.

Isso porque sobre a interpretação do artigo 21, da Lei 12.016/2009, paira divergência sobre o fato do mandado de segurança coletivo contemplar em seu objeto os chamados “direitos difusos”.

A singela pretensão deste artigo esgota-se em apresentar uma consideração bibliográfica e técnica sobre os direitos difusos como objeto do mandado de segurança coletivo já que a referida Lei 12.016/2009 parece excluí-los.

Palavras chave: Mandado de segurança coletivo - direitos difusos

ABSTRACT:

The legislative purpose of maturation and following modern trends in class actions, was the Law 12016 of August 7, 2009, in order to regulate the constitutional provision of the collective writ of mandamus, who sought to form the object of constitutional protection of the said writ.

Law 1.533/51, repealed by Act 12.016/2009, contributes nothing to the collective writ of mandamus is true that, regardless of whether

doctrinal
and jurisprudential
signaled its evolution, although
other laws
changed
over time, only
to
be withdrawn
a
collective writ of mandamus
to have
spent
much more
defined
lines.

Had the
legislature
observed
doctrinal
and scientific
currents, notably
as regards
the so-called
micro
procedural
collective
margin
of speculation
about the
technical legal subject of
collective writ of mandamus

cease to exist.

This is because
the interpretation
of Article
21
of Law
12.016/2009,
hangs
on the
fact that the
divergence
collective writ of mandamus
to
contemplate
its object
the so-called "diffuse rights".

The simple
intention
of this article
runs out
to present
an
account of
technical
literature on the rights
diffuse
as the object of
collective writ of mandamus
as

12.016/2009 this law

seems to
exclude them.

Keywords: Collective writ of mandamus

-

diffuse rights

INTRODUÇÃO

A conceituação de mandado de segurança, extraída da clássica obra de Hely Lopes Meirelles, é apresentada como sendo

“o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”¹.

O mandado de segurança coletivo, de seu turno, foi introduzido pela Constituição Federal de 1988, da seguinte maneira:

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

...

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

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

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;”

A despeito da previsão constitucional do mandado de segurança coletivo desde 1988, foi somente em 7 de agosto de 2009 que a Lei 12.016 disciplinou o referido writ, o que não se via na Lei 1.533/51 que regulamentava o mandado de segurança em suas linhas gerais.

A bem de se considerar que a Lei 1.533/51 não tratava especificamente do mandado de segurança coletivo, mas a doutrina já visualizava sua utilização após a Constituição Federal de 1988 na medida em que em seu inciso LXIX, do artigo 5º, não se distinguia o mandado de segurança individual ou coletivo admitindo-se, portanto, as duas espécies sendo a segunda parametrizada pelas regras do mandado de segurança individual da referida Lei 1.533/51, no que cabível.

Neste sentido Hermes Zaneti Jr. esclarece que o

“Mandado de Segurança Coletivo (MSC) é espécie do gênero mandado de segurança. Aplicam-se a ele toda a jurisprudência (principalmente as súmulas) e a legislação (v.g., Lei 1.533/51, 4.348/64, 5.021/66) aplicáveis ao mandado de segurança individual, com as adaptações necessárias (princípio da adaptação ou adequação) e quando não forem compatíveis com o regime geral das demandas coletivas (princípio da aplicação residual do processo individual aos processos coletivos)”².

Assim, ação de natureza constitucional, o mandado de segurança tem como principal disciplina a Lei 12.016/2009, com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, como sendo um procedimento especial.

Tutela Coletiva

Sem perder de vista o objeto de análise do presente artigo, qual seja o mandado de segurança coletivo, notadamente quanto ao seu objeto, é mister que se estabeleça a evolução processual da tutela coletiva.

Da leitura do Código de Processo Civil em vigor, não se verifica que a tutela coletiva foi tratada de maneira sistemática. É bem verdade que em 1973, ano de início de sua vigência, não havia, de maneira ampla, entre os legisladores, a concepção dos interesses difusos e coletivos³.

Uma interessante referência é mencionada por José Antonio Remédio⁴ no sentido de que Celso Agrícola Barbi, “em conferência pronunciada em 30-8-1962, no Instituto dos Advogados do Brasil, já procurava demonstrar, como base no § 1º do art. 6º da Lei n. 191, de 16-1-1936, cujo princípio foi repetido no § 1º do art. 319 do CPC de 1939 e no § 2º do art. 1º da Lei n. 1.533, de 31-12-1951, que, ‘no âmbito do mandado de segurança, havia lugar para a proteção dos chamados interesses legítimos, que integram, hoje, os

chamados interesses difusos, ou interesses coletivos, ou direitos coletivos, com legitimação dos interessados coletivos, à medida judicial’.”

A precursora admissibilidade do mandado de segurança para a defesa dos interesses coletivos e difusos de Celso Agrícola Barbi estava em sintonia à Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, conhecida como Lei da ação Popular, onde o cidadão pode defender interesses da coletividade.

Portanto, antes do Código de Processo Civil de 1973 as idéias concernentes à tutela coletiva já circulavam pelas academias brasileiras de Direito, sem, no entanto, ganhar a repercussão que na década seguinte encontrou a proteção processual dos direitos coletivos.

Não se pode dizer que o litisconsórcio previsto na sistemática processual civil do Código de 1973 se presta a amparar a tutela coletiva na medida em que à sistemática processual intersubjetiva se admitiu a ampliação litisconsorcial, mantendo-se inalteradas as características individuais do processo.

Foi para a proteção do consumidor, do meio ambiente, do patrimônio público e social, da ordem econômica, da economia popular, da ordem urbanística e outros interesses que a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, da Ação Civil Pública, apresentou alternativa processual para a defesa dos interesses coletivos e difusos.

Em 1990, por sua vez, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 a proteção dos direitos individuais homogêneos passou ser protegida através de ação civil coletiva.

A Constituição Federal de 1988 conferiu status constitucional à Ação Civil Pública ao tratar das funções institucionais do Ministério Público, notadamente na promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção dos interesses difusos e coletivos, conforme previsão contida no art. 129, inciso III da

Carta Magna.

A este panorama legislativo agregou-se a Lei 12.016/2009 que trata do mandado de segurança, notadamente em seus artigos 21 e 22, em sua espécie coletiva.

Tem-se, portanto, o chamado microssistema que compõe o processo coletivo formado pela Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Mandado de Segurança⁵. Segundo Remédio, na verdade, os interesses coletivos e difusos sempre existiram, sendo que, nos últimos anos, o que se procurou foi identificar e criar mecanismos jurídicos objetivando sua proteção.⁶

A Lei da Ação Popular, conquanto se considere elemento do microssistema do processo coletivo, deve ser considerada, para a análise do presente artigo, em conformidade à Súmula 101 do Supremo Tribunal Federal, a qual esclarece que “O mandado de segurança não substitui a ação popular”.

Direitos Coletivos

É, para o mandado de segurança, a conceituação de direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus e habeas data, elemento fundamental para a análise de seu objeto. Especialmente porque somente o direito líquido e certo pode ser protegido pela via mandamental.

Para Lucia Valle Figueiredo o direito líquido e certo aparece em duas fases distintas no mandado de segurança. Aparece inicialmente como condição da ação. Posteriormente, quando se apresenta a inicial, impende ao juiz verificar se há a plausibilidade da existência do direito líquido e certo⁷.

A propósito de esclarecer a maneira de interpretar a liquidez e a certeza do direito, Eduardo Sodré afirma que “evidentemente não é possível dar interpretação literal às citadas expressões, pois, se por um lado, todo direito é imaterial (seu objeto é que pode ser sólido, líquido ou gasoso), por outro, a incerteza sobre sua existência é decorrência da própria lide instaurada em seu derredor”⁸.

Direito líquido e certo é aquele titularizado pelo impetrante, embasado em situação fática perfeitamente delineada e comprovada de plano por meio de prova pré-constituída⁹.

Superada a questão da definição do direito líquido e certo como elemento fundamental do mandado de segurança, importa distinguir também os chamados interesses metaindividuais ou supraindividuais, consagrados pelo artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor como direitos transindividuais.

Para Antônio Herman V. Benjamin “as normas de proteção dos direitos supraindividuais consagradas no CDC não se aplicam exclusivamente às relações de consumo, mas igualmente às demais situações jurídicas em que esteja em jogo a proteção dos titulares de quaisquer direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos”¹⁰

Ainda, o mesmo autor esclarece que “é da essência dos direitos difusos a indeterminabilidade dos seus titulares e a indivisibilidade/indisponibilidade do seu objeto”¹¹.

Quanto aos direitos coletivos stricto sensu, “embora o objeto seja indivisível, à semelhança do que ocorre com os interesses difusos, destes se diferenciam pela determinabilidade dos sujeitos titulares, seja pela relação jurídica base que os liga à parte contrária, seja pelo vínculo jurídico-associativo que mantêm entre si”¹².

Finalmente os direitos individuais homogêneos são direitos e interesses tipicamente individuais, mas cuja tutela, por imperativos de coerência, eficiência e economia processuais exige-se seja exercido coletivamente. São direitos divisíveis, de modo que seus titulares podem ser identificados e determinados, assim com a quantificação de suas eventuais pretensões.¹³

Feitas tais considerações introdutórias, importa, ainda, antes de enfrentar o tema proposto no início do artigo superar a questão terminológica dos “interesses” ou “direitos” coletivos.

“Direitos” x “interesses”

É cediço que no Brasil adota-se a teoria dos direitos subjetivos, sendo certo que o direito é todo o interesse tutelado pela norma sobre o qual incide o poder da vontade para postulá-lo em juízo.

Assim sendo, o interesse, enquanto não reconhecido pela norma, não enseja a tutela jurisdicional.

O impasse terminológico está em que o inciso LXX, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, a propósito de regulamentar a legitimidade ativa para a impetração do mandado de segurança coletivo, elenca algumas pessoas jurídicas que poderão fazê-lo em defesa “**dos interesses**” de seus membros ou associados.

Hermes Zaneti Jr. traz uma interessante consideração para justificar a imprecisão terminológica utilizada pela Carta Magna. Segundo o autor “a confusão que originou a teoria que limita a ação para tutela dos direitos difusos, tem origem em um italianismo, um vício da importação de linguagem estrangeira”¹⁴.

Esclarece o autor retro-referido.

“Na Itália, como de resto em todos os países da Europa com influência da Revolução Francesa, a descrença nos juízes fez com que se adotassem modelos rígidos de separação de poderes, os quais resultaram em um contencioso dualista: uma justiça para questões de direito público, outra para as de direito privado. As questões de direito público não são reconhecidas (denominadas) como direitos subjetivos públicos, mas sim ‘interesses legítimos’, mutatis mutandis, por nós reconhecidos como verdadeiros direitos subjetivos. Isto porque a doutrina administrativista original (sec. XIX) se esforçou em reconhecer nesses interesses gerais apenas reflexamente direitos individuais, contudo, a evolução deste tema, na própria Europa, acabou por identificar, também neste campo, direitos subjetivos igualmente protegidos, mesmo que com o epíteto de ‘interesses legítimos’ ”¹⁵.

Para aquilatar suas considerações, Zaneti arremata dizendo que

“Quando estudaram o direito coletivo na Itália, ainda na década de 1970, os autores dos artigos seminais sobre processos coletivos no Brasil, da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, importaram os termos *interessi difusi* e *interessi collettivi* para os nossos textos legais”¹⁶.

Além da questão terminológica anteriormente apresentada pela importação do vocábulo “interesse” para representar o “direito”, o método de interpretação gramatical não se demonstra o melhor para sanar a dúvida apresentada na alínea “b” do inciso LXX do artigo 5º da Carta da República.

Não haveria sentido outorgar legitimidade ativa à organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano para a impetração do mandado de segurança coletivo para a defesa somente dos “interesses” de seus membros ou associados já que, segundo a teoria clássica processual, tais interesses não seriam objeto de proteção jurisdicional se não fossem, como de fato são, verdadeiros direitos amparados pela norma jurídica.

É certo, portanto, que à espécie verifica-se a proteção de direitos coletivos e não de meros interesses coletivos.

A propósito do tema Lúcia Valle Figueiredo esclarece que “o direito coletivo, como o próprio nome está a indicar, concerne à série de ‘interesses’ ou direitos de determinada classe. Demos como exemplo os interesses dos advogados, defendidos, tutelados, pelas associações de classe”¹⁷.

Finalmente, Kazuo Watanabe, ao tratar do assunto conclui dizendo que

“Os termos ‘interesses’ e ‘direitos’ foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo status de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles”¹⁸.

Objeto do Mandado de Segurança Coletivo e os Direitos Difusos

Feitas as considerações introdutórias importa o enfrentamento do tema proposto no que se refere ao objeto do mandado de segurança coletivo, notadamente quanto aos direitos difusos.

Para tal análise é mister expor sua previsão constitucional e infraconstitucional.

Estabelece a Carta da República.

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

...

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

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

- a.
partido político com representação no Congresso Nacional;

- b.
organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;”

Por sua vez, a Lei 12.016/2009 prevê.

“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.”

Da leitura dos incisos I e II, do artigo 21 da Lei 12.016/2009 transparece o entendimento de que os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo são apenas os coletivos stricto sensu (I) e os individuais homogêneos (II).

Vicente Greco Filho ao tratar do tema apresenta contundente interpretação dizendo que

“A Lei definiu, no parágrafo único, os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo, como os coletivos, propriamente ditos, e os individuais homogêneos, excluindo, pois, os direitos difusos, porque estes são mais interesses do que direitos e não são compatíveis com o conceito de direito líquido e certo, exigência geral para o mandado de segurança. Os direitos coletivos e individuais homogêneos são definidos nos mesmos moldes que faz o Código do Consumidor e com os mesmos defeitos quanto aos

direitos coletivos”¹⁹.

A propósito de responder uma consulta formulada por uma indústria petroquímica, Ovídio Baptista da Silva emitiu parecer dizendo que

“Os direitos que podem ser objeto de mandado de segurança coletivo, são os direitos (individuais) comuns a uma coletividade de legitimados. A índole do mandado de segurança não permite que se vá além disso. A norma constitucional que instituiu o mandado de segurança coletivo não pode sobrepor-se aos cânones hermenêuticos próprios do instituto processual a que a mesma pertence”²⁰.

A interpretação gramatical do inciso I do artigo 21 da Lei 12.016/2009 dá margem à exclusão dos direitos difusos como objeto do mandado de segurança coletivo na medida em que ao definir o que seriam os direitos coletivos, “para efeito desta Lei”, exige titularidade de grupo ou categoria de pessoas.

Ora, como anteriormente esclarecido, os direitos difusos contemplam como característica a indeterminabilidade de seus titulares. Portanto, tal consideração daria azo a excluir os direitos difusos do mandado de segurança coletivo.

Mas seria a interpretação gramatical, na presente análise, o melhor método para o hermeneuta ?

Eurico Ferraresi, utilizando para o mesmo objeto de análise o método lógico-sistemático, apresenta interessante lógica utilizando o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) dizendo

“Antes, porém, de analisar os legitimados referidos pelo art. 5º, LXX, da CF/88, não se deve descurar de dois dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), que reforçam o entendimento

esposado nesse estudo no sentido de que o mandado de segurança coletivo se presta à defesa judicial de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, inserindo-se, pois, no rol das demandas coletivas brasileiras”²¹.

Justifica, o retro referido autor, que a interpretação do § 2º do art. 212, do ECA, ampliou o objeto do mandado de segurança, com a ênfase de que tal dispositivo normativo está contido no capítulo denominado “Da proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos”.

E para aquilatar seu raciocínio Ferraresi invoca a aplicação subsidiária da Lei da Ação Civil Pública ao Estatuto da Criança e do Adolescente, por previsão do artigo 224 do ECA, admitindo-se a proteção dos interesses coletivos²².

Em contraponto à opinião de Ovídio Baptista da Silva, Eurico Ferraresi esclarece a distinção entre interesse e direito dizendo que

“Muito se escreveu a respeito da distinção entre direito e interesse. Filósofos, civilistas e processualistas deitaram suas penas na análise do tema. Sem embargo da riqueza do assunto, para os fins desse estudo, destacar-se-á a questão já numa esfera moderna, vale dizer: parte-se do pressuposto de que, a partir do instante em que os interesses difusos e coletivos encontraram defesa pelo ordenamento jurídico, se equipararam aos direitos, desaparecendo, assim, qualquer sentido prático ou teórico na busca de sua diferenciação”²³.

A fim de afastar qualquer dúvida quanto a tais interesses coletivos, é de se lembrar a lição de Antonio Herman V. Benjamin

“diz-se, nesse sentido, direitos coletivos stricto sensu, para diferenciá-los da expressão genérica e mais abrangente ‘interesses coletivos’ com a qual se pretende comumente designar os interesses supraindividuais”²⁴.

Outros argumentos contemplam a defesa dos direitos difusos como objeto do mandado de segurança coletivo.

José Antonio Remédio, quanto à regularidade material do inciso I do art. 21 da Lei 12.016/2009 adverte que

“Não cabe à norma infraconstitucional reduzir o objeto de proteção do mandado de segurança coletivo, quando a própria Constituição Federal, que criou o writ, não o faz”²⁵.

No mesmo sentido, a propósito da análise da alínea “b” do inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal de 1998, Teori Albino Zavascki assevera

“Primeiro, a 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, merecendo, por isso mesmo, interpretação que lhe dê sentido adequado”²⁶.

Em outro momento Remédio, em contraponto a opinião de Vicente Greco Filho, no que se refere ao direito líquido e certo, esclarece que

“A denominação difuso, ao sugerir algo vago, indefinido, esparso, fluido, contribui bastante para dificultar

a compreensão de seu conteúdo e de estabelecer sua definição. Isso, porém, não significa que os interesses e direitos difusos não possam ser objeto de identificação e prova e, uma vez afrontados, de darem ensejo à respectiva correção ou reparação judicial”²⁷.

Conclui dizendo que

“De um lado, expressiva corrente doutrinária, com a qual concordamos, sustenta a possibilidade de se defender os interesses difusos por intermédio da segurança coletiva”²⁸.

Júlio César Rossi, a propósito de defender uma posição intermediária, sustenta que

“Frente à definição clássica do direito líquido e certo, sustentamos com base nos aspectos aqui levantados, que a regra geral de impetração do mandado de segurança por partidos políticos deve ser a tutela dos direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, tais quais definidos pelo legislador ordinário...

De outro lado, excepcionalmente não podemos ignorar que determinados direitos, quer pela magnitude constitucional (meio ambiente, educação, saúde, saneamento básico, energia, habitação, dignidade da pessoa humana, discriminação, publicidade enganosa etc.), quer pela inércia dos titulares das ações que compõem o microsistema coletivo (especialmente a ação civil pública, ação popular e parte processual do Código de Defesa do Consumidor) quer, ainda, em razão da lesão ou ameaça concreta de lesão implementada à coletividade e a urgência em se buscar a proteção junto ao Poder Judiciário, autoriza as agremiações políticas a impetrar o mandado de segurança coletivo para, utilizando-se das suas finalidades institucionais, tutelar direitos difusos, pois nessas hipóteses a defesa da sociedade é, sem dúvida, a defesa dos interessados dos próprios integrantes do partidos políticos”²⁹.

Para Hermes Zanetti Jr., da análise da extensão dos direitos coletivos atingidos pelo novo writ, surgiram quatro teses distintas, três teses restritivas e uma ampliativa. As teses restritivas procuraram 1. Limitar o objeto aos direitos coletivos stricto sensu; 2. Permitir apenas quanto aos direitos individuais homogêneos; e 3. Proibir a demanda quanto aos direitos difusos. Indica, no entanto, que a tese ampliativa tem prevalecido ao revelar que

“Não obstante, como veremos, a corrente vencedora e dominante nos tribunais, fixou-se na tese ampliativa a qual permite a tutela pelo writ coletivo dos direitos coletivos lato sensu, ou seja, dos direitos difusos, coletivos stricto sensu e individuais homogêneos”³⁰.

Cassio Scarpinella Bueno escreveu em um artigo, na obra publicada em homenagem ao professor Sérgio Shimura, suas considerações sobre a Lei 12.016/2009. Notadamente o item 6 denominado “os ‘direitos’ tuteláveis pelo mandado de segurança coletivo”, esclarece dizendo

“Na exata medida, contudo, em que é necessário sustentar a ampliação da atuação dos partidos políticos para além do confinamento legal (v.n.3, supra), forte no que lhes concede a a linha a do inciso LXX do art. 5º da Constituição Federal, não há como chegar a outra conclusão que não a de que, a despeito das escolhas manifestadas pelo legislador mais recente, o mandado de segurança coletivo pode também perseguir o que o inciso I do parágrafo único do art. 81 do Código do Consumidor chama de ‘direitos difusos’, assim entendidos ‘...os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato’.

...

O mesmo se dá em relação aos entes legitimados pela alínea b do inciso LXX do art. 5º da Constituição Federal. Pode acontecer, com efeito, que aquilo que poderia, ao menos aprioristicamente, ser rotulado de ‘direito difuso’, de acordo com a definição legal - um ato administrativo que viole, por exemplo, a

moralidade administrativa (art. 37, caput, da Constituição Federal) –, diga respeito à razão de ser de uma entidade de classe ou de uma organização não governamental. É irrecusável o reconhecimento de que aqueles entes tem legitimidade, extraída diretamente da Constituição Federal, para questionar o referido ato por mandado de segurança coletivo, independentemente da classificação que se queira dar ao suposto ato (direito) se ‘difuso’, ‘coletivo’, ou ‘individual homogêneo’³¹.

Aquilata o retro referido jurista

“Como não é o caso de ir além nessa sede na questão relativa ao modelo que vem sendo adotado, desde o Código do Consumidor, para a tutela jurisdicional coletiva dos direitos, cabe concluir no sentido de que, apesar do que se lê do parágrafo único do art. 21 da Lei 12.016/2009, é irrecusável que o mandado de segurança coletivo também pode, consoante o caso, buscar a tutela jurisdicional do que o nosso sistema convencionou rotular de ‘direitos’ (ou ‘interesses’) difusos. A solução do problema está, vale a pena insistir, nas vantagens da tutela jurisdicional coletiva sobre a individual e na verificação de quem, de acordo com o sistema brasileiro, é representante adequado para conduzi-los e atuá-los no plano processual³²”.

Conclusão

Com as indicações bibliográficas anteriormente apresentadas, é seguro concluir que ainda há divergência doutrinária no que se refere à possibilidade de se tutelar os chamados direitos difusos através do mandado de segurança coletivo.

É bem verdade que a doutrina contra a inclusão dos direitos difusos possui defensores juristas de peso como Vicente Greco Filho e Ovídio Baptista da Silva.

De outro turno, é forçoso concluir que é majoritária a corrente doutrinária que, a despeito da redação contida no parágrafo único do artigo 21 da Lei 12.016/2009, sustentam estarem os direitos difusos incluídos no objeto do mandado de segurança coletivo.

São vários os argumentos que sustentam a majoritária doutrina anteriormente referida. A começar da interpretação lógico-sistemática da Lei 12.016/2009 e do microsistema processual coletivo que envolve especialmente a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.

Interpretar restritivamente o objeto do mandado de segurança coletivo ante os inegáveis benefícios processuais sustentados pelo microsistema processual coletivo, seria um retrocesso.

A tutela jurisdicional coletiva é instrumento de celeridade e economia processual que inspira a moderna prestação estatal da entrega do bem da vida pretendido.

Uma demanda coletiva significa a possibilidade de evitar um sem número de demandas individuais o que quase constringe interpretar o art. 21 da Lei 12.106/2009 sob o método teleológico.

A legitimação ativa para a impetração do mandado de segurança coletivo, de sua análise constitucional, também indica a inclusão dos direitos difusos em seu objeto.

É de se relembrar a necessária conformação material constitucional que a Lei 12.016/2009 se submete não cabendo uma interpretação restritiva de seu artigo 21 ante a disposição contida nos incisos LXIX e LXX do art. 5 da Carta Magna.

Os direitos difusos podem ser objeto de prova pré-constituída e estariam adequados ao conceito de direito

líquido e certo necessário ao mandado de segurança.

Por tais razões, com a devida vênia, é de se admitir, quando o caso, a possibilidade de se tutelar direitos difusos através de mandado de segurança coletivo de modo que a Lei 12.016/2009 alcance a pretendida modernização processual tão necessária para a célere prestação jurisdicional que se almeja na previsão do inciso LXXVIII do art. 5 da Constituição Federal de 1988.

Bibliografia

ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

BENJAMIN, Antônio Herman V. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Art. 81. 3ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2010

BUENO, Cassio Scarpinella. **Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura** São Paulo. Saraiva. 2011

FERRARESI, Eurico. **Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletiva**. 1ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 2009

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de Segurança**. 6ª. Edição. São Paulo. Melhoramentos. 2009.

GRECO Filho, Vicente. **O novo mandado de segurança**. São Paulo. Saraiva, 2010

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, 18ª edição, São Paulo, Malheiros, 1997

REMÉDIO, José Antonio. **Mandado de Segurança individual e coletivo**. 3ª. Edição rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011

ROSSI, Júlio César. Revista Dialética de Direito Processual n. 98 (maio 2011). Mandado de Segurança Coletivo: Concepção Ampliativa ou Restritiva na Tutela de Direitos Coletivos Lato Sensu? São Paulo. Oliveira Rocha. 2011

SILVA, Ovídio Baptista da. Mandado de segurança - meio idôneo para a defesa de interesses difusos ? São Paulo. RT. 1990

SODRÉ, Eduardo. **Mandado de Segurança** in Ações Constitucionais. 4. ed. Bahia: JusPODIVM, 2009

WATANABE, Kazuo et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto. 9ª edição. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2007

ZANETI Jr., Hermes. **Ações Constitucionais**. Mandado de Segurança Coletivo. 4. ed. Bahia: JusPODIVM, 2009

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2ª edição, São Paulo. RT. 2007

1 MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, 18ª edição, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 21

2 ZANETI Jr., Hermes. **Ações Constitucionais**. Mandado de Segurança Coletivo. 4. ed. Bahia: JusPODIVM, 2009, p. 158.

3 ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 250.

4 REMÉDIO, José Antonio. **Mandado de Segurança individual e coletivo**. 3ª. Edição rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 727.

5 REMÉDIO, 2011, p. 726.

6 REMÉDIO, 2011, p. 722.

7 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de Segurança**. 6ª. Edição. São Paulo. Melhoramentos. 2009. p.

21.

8 SODRÉ, Eduardo. **Mandado de Segurança** in Ações Constitucionais. 4. ed. Bahia: JusPODIVM, 2009, p. 123.

9 SODRÉ, 2009, p. 124.

10 BENJAMIN, Antônio Herman V. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Art. 81. 3ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2010. p. 1299.

11 BENJAMIN, 2010. p. 1301

12 BENJAMIN, 2010. p. 1302

13 BENJAMIN, 2010. p. 1303

14 ZANETI. 2009. p. 163.

15 ZANETI. 2009. p. 163.

16 ZANETI. 2009. p. 163.

17 FIGUEIREDO. 2009. p. 21.

18 WATANABE, Kazuo et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto. 9ª edição. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2007. p. 819.

19 GRECO Filho, Vicente. **O novo mandado de segurança**. São Paulo. Saraiva, 2010. p. 57

20 SILVA, Ovídio Baptista da. Mandado de segurança - meio idôneo para a defesa de interesses difusos ? São Paulo. RT. 1990. p. 144.

21 FERRARESI, Eurico. **Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletiva**. 1ª edição. Rio de Janeiro. Forense, 2009. p. 242.

22 FERRARESI, Rio de Janeiro. 2009. p. 243.

23 FERRARESI, Rio de Janeiro. 2009. p. 36.

24 BENJAMIN, 2010. p. 1302

25 REMÉDIO, 2011, p. 726.

26 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 2ª edição, São Paulo. RT. 2007. p. 216

27 REMÉDIO, 2011, p. 725.

28 REMÉDIO, 2011, p. 725.

29 ROSSI, Júlio César. Revista Dialética de Direito Processual n. 98 (maio 2011). Mandado de Segurança Coletivo: Concepção Ampliativa ou Restritiva na Tutela de Direitos Coletivos Lato Sensu? São Paulo. Oliveira Rocha. 2011. p. 73

30 ZANETI. 2009. p. 159.

31 BUENO, Cassio Scarpinella. **Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura** São Paulo. Saraiva. 2011. p. 234

32 BUENO. São Paulo. 2011. p. 235.

<https://www.diritto.it/mandado-de-seguranca-coletivo-e-os-direitos-difusos/>