

O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO E A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A TUTELA DOS DIREITOS DIFUSOS

THE COLLECTIVE WARRANT AND THE LEGITIMACY OF THE PUBLIC MINISTRY FOR THE PROTECTION OF DIFFUSE RIGHTS

Dirceu Pereira de Siqueira¹
Raiza Eloá Brambilla Catanio²

RESUMO: O presente artigo tem como intuito abordar os aspectos legais e doutrinários sobre o mandado de segurança coletivo e a possibilidade de sua impetração pelo Ministério Público e a defesa de direitos difusos. Para tanto, foi realizada uma revisão bibliográfica sobre o tema abordado, adotando o método hipotético-dedutivo, eis que, por meio de estudos constitucionais sobre a problemática, tentou-se discorrer sobre o uso do *writ* para a proteção de direitos difusos e o rol de legitimados para o remédio constitucional. Buscou-se demonstrar que inexistem motivos que excluam mencionados direitos da tutela da ação coletiva, mesmo diante da ausência de previsão legal na Lei nº. 12.016/2009, bem como, que é crível a impetração pelo Ministério Público, uma vez que este atua na defesa de interesses coletivos e difusos.

Palavras-chave: Direitos difusos; Direitos coletivos. Legitimidade. Mandado de segurança coletivo.

ABSTRACT: This article aims to address the legal and doctrinal aspects about the collective warrant and the possibility of its impetration by the Public Ministry and the defense of diffuse rights. For that, a bibliographical review was carried out on the subject, adopting the hypothetical-deductive method, and that, through constitutional studies on the problematic, we tried to discuss the use of the writ for the protection of diffuse rights and the legitimized list for the constitutional remedy. It was tried to demonstrate that there are no grounds that exclude mentioned rights of the guardianship of collective action, even in the absence of legal provision in Law nº. 12.016 / 2009, as well as, that the impetration by the Public Ministry is possible, because since it acts in the defense of collective and diffuse interests.

¹ Coordenador e Professor Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar); Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru, Especialista Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto, Pesquisador Bolsista - Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor - PPD - do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI), Professor nos cursos de graduação em direito da Universidade de Araraquara (UNIARA) e do Centro Universitário Unifafibe (UNIFAFIBE), Professor Convidado do Programa de Mestrado em "Gestão Estratégica de Empresas - Master Of Science in Administrative Studies (MSAS)" - Disciplina: "Ética e Legislação" University Missouri State – EUA, Consultor Jurídico, Parecerista, Advogado. Email: dirceu.siqueira@unicesumar.edu.br

² Mestranda em Direito da Universidade Cesumar, Maringá, PR (UniCesumar). Email: raizaeloa@hotmail.com

Keywords: Collective Rights. Collective Warrant. Diffuse Rights. Legitimacy.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, com o surgimento de novos anseios sociais, aparição de novo problemas, acesso à informação e incentivo ao consumo, a população passou a ter mais consciência de seus direitos e buscou satisfazer seus novos interesses e necessidades, sendo que o Brasil foi pioneiro na criação e implantação de processos coletivos.

Insta mencionar que a Constituição Federal de 1988 positivou direitos ao patrimônio público, meio ambiente, previdência social, educação, cultura, saúde, do consumidor, entre outros, que restaram caracterizados como direitos fundamentais (BENJAMIN, 2010). Referidos direitos são inerentes à pessoa humana e vêm ganhando contexto diante da necessidade de proteção do indivíduo e suas respectivas garantias.

Estudiosos apontam que os direitos fundamentais ao serem inseridos na Constituição Federal obtiveram notada relevância no ordenamento jurídico brasileiro, eis que buscam positivar, sobretudo, os direitos relativos à pessoa, sua dignidade de existência, seu desenvolvimento saudável e também, a sua personalidade. Contudo, a mera existência do direito não é suficiente, uma vez que diante de quaisquer violações ou restrições, a garantia constitucional deve ser invocada juridicamente, para que sua eficácia seja plena e eficaz. Assim, é evidente a necessidade de institutos que tutelem os direitos fundamentais quando estes forem violados, sendo o Mandado de Segurança Coletivo um desses instrumentos de garantia do direito.

Trata-se o mandado de segurança coletivo de um remédio constitucional relativamente novo, visto que foi criado pela Constituição Federal de 1988. A revogada Lei nº. 1.533/1951 não possuía em seu texto previsão legal sobre o assunto e a Constituição de 1934 apresentava apenas previsão legal quanto ao mandado de segurança individual.

Ainda, o artigo 21, da Lei nº. 12.016/2009³ dispõe que o mandado de segurança

³ Art. 21. 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

coletivo protege direitos coletivos, transindividuais e individuais homogêneos, sendo que não há previsão expressa de tutela dos direitos difusos, que possuem inegável relevância social. A atual sociedade e as modificações culturais propiciadas pelas novas relações sociais ocasionaram o desenvolvimento do senso de coletividade dentro de grupos determinados, onde o a reunião de várias pessoas com os mesmos objetivos, lutas e condições de vulnerabilidade exercem considerável poder de decisão e influência no meio em que estão inseridos e o devido reconhecimento da garantia pleiteada.

Outrossim, tem-se o entendimento majoritário de taxatividade do rol de legitimados para impetração do *writ* coletivo, sendo que o presente artigo busca defender a ampliação deste rol, bem como a possibilidade de impetração de mandado de segurança coletivo no interesse de direitos difusos.

1. CONCEITO, OBJETO, NATUREZA JURÍDICA E FUNDAMENTOS DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Tanto o mandando de segurança individual, como o coletivo, são ações de rito especial sujeitos a normas procedimentais próprias, para opor-se a atos ilegais de autoridades (seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerçam), que violam direito líquido e certo⁴ do impetrante, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*⁵.

Stephen C. Yeazell⁶ (1987, p. 21), ao falar sobre as ações coletivas, afirma que “[...]os litígios de grupo existem acerca de oitocentos anos.”. Apesar de haver discussões doutrinárias acerca da origem das ações coletivas, certo é que a sua pertinência desde muito existem na sociedade e decorrem dos interesses da coletividade em que buscar melhorias e garantias de direitos, que afetem sua vida, seu desenvolvimento, liberdade e também sua personalidade.

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.

⁴ “Direito que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração (MEIRELES, 1983, pg. 11).

⁵ Art. 1º. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (Lei 12.016/2009).

⁶ No original: “[...] *as existed for at least eight hundred years*”.

O mandado de segurança coletivo, em sendo uma ação coletiva, tem efeito *erga omnes*, ou seja, todos os interessados serão beneficiados, e não somente aqueles que atuam no processo, ao contrário do que ocorre nas ações individuais e está previsto na Constituição Federal, no art. 5º, LXIX⁷ e LXX⁸. Desta forma, o *munus* coletivo destina-se proteger direito líquido e certo⁹, só que de natureza corporativa, pertencente não a um indivíduo isolado, mas sim a um grupo de pessoas. Gregório Assagra de Almeida (2007, p. 597) aduz que a

Ação coletiva especialíssima, que poderá ser ajuizada por um dos legitimados ativos coletivos arrolados na Constituição, ou na legislação infraconstitucional, que se caracteriza como modalidade de garantia constitucional fundamental do mandado de segurança, previsto no art. 5º, LXIX, da CF/1988, quando impetrado para a tutela dos direitos coletivos lato sensu, líquidos e certos, quanto ao grau exigido de indiscutibilidade relativa aos fatos alegados, não amparados por habeas corpus ou habeas data, mas ameaçados ou lesionados por atos omissivos ou comissivos, ilegais ou abusivos, praticados por autoridade pública ou por agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Para Pontes de Miranda (1953, p. 368) “direito líquido e certo é aquele que não desperta dúvidas, isento de obscuridades, que não precisa ser aclarado com o exame de provas em dilações, que é de si mesmo, concludente e inconcusso.”. Anteriormente ao ano de 2009, não havia lei que disciplinasse o mandado de segurança coletivo, utilizando-se como parâmetro, a antiga lei do Mandado de Segurança (Lei nº. 1.533/1951), contudo, no citado ano, entrou em vigência a Lei nº. 12.016, que revogou a lei anterior.

Ada Pellegrini Grinover (1990, p. 57) aduz que o mencionado *writ*, não se trata de mero acesso ao Poder Judiciário, mas sim uma ação constitucional e que possui, como um de seus aspectos, a brevidade processual, tendo em vista que evita a multiplicidade de vários mandados individuais, que versem sobre uma mesma temática.

Ademais, é condição do mandado de segurança, que esteja instruído com todas as provas já pré-constituídas, pois, baseando-se em violação de direito líquido e certo, tem-se que não comporta dilação de provas, devendo a salvaguarda do direito, surgir da análise dos

⁷Art. 5º. LXIX. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

⁸Art. 5º. LXX. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

⁹ Ressalta-se que não são protegidos apenas os direitos constitucionais, mas sim, todos os direitos líquidos e certos, que não sejam os protegidos por *habeas corpus* e *habeas data*.

fatos narrados e sua incidência sobre a regra jurídica que se entende violada. Em sendo necessária dilação probatória para demonstrar os fatos que recaem a pretensão e em caso de a prova apresentada juntamente com a impetração do mandado de segurança ser considerada insuficiente, deverá ser negada a segurança¹⁰.

Nos termos da Súmula 266 do STF¹¹, a via mandamental coletiva não permite a tutela de lei em abstrato, ou seja, exige-se a existência de um caso concreto.

Outrossim, no que diz respeito à natureza jurídica do *mandamus*, José Afonso da Silva (2014, p. 451), entende que

[...] é, assim, um remédio constitucional, com natureza de ação civil, posto à disposição de titulares de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

O prazo para impetrar a segurança é de 120 (cento e vinte) dias a contar da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato impugnado, sendo que a existência de um possível recurso administrativo não suspende o prazo do mandado, sendo que conforme a Súmula 430 do Superior Tribunal Federal o “pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança.”

Deste modo, vê-se que o grande diferencial da ação de mandado de segurança é à expedição de uma ordem célere, através de um processo regido pelo rito sumário e especial, para que se possa coibir com rapidez e eficácia as arbitrariedades que venham a ser praticadas por autoridades (MEIRELLES, 2003).

2. LEGITIMAÇÃO

Em que pese a existência de interesse ou que o pedido seja juridicamente possível, é necessário que se tenha legitimidade para acionar o *writ* coletivo, sendo que referida legitimidade ad causam foi limitada pela Constituição Federal e pela Lei. Nº. 12.016/2009.

¹⁰ Art. 6º, § 6º. Lei 12.016/2009. “O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado dentro do prazo decadencial, se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito”. Art. 19. “A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais”. Súmula 304. STF. “Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso de ação própria”.

¹¹ Súmula 266. STF. “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.”

2.1 Legitimidade Ativa

O artigo 5º, inciso LXX¹², da Constituição Federal de 1988, define que a legitimidade para impetrar a segurança coletiva é direta, sem qualquer intermediação, e, por isso, tanto os partidos políticos, quanto as associações, entidades e sindicatos, para defenderem os direitos de seus filiados, não necessitam de qualquer autorização por parte deles, pois agem em nome próprio.

A Constituição e a Lei permitiram e possibilitaram que alguém exercesse a prerrogativa de ir em juízo, em nome dos demais, ou seja, os legitimados atuam como substitutos¹³ processuais e devem ater-se à finalidade para a qual foram criados, trabalhando em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

O artigo 21 da Lei nº 12.016/2009 define que os partidos políticos, com representação no Congresso Nacional possuem legitimidade para impetrar mandado de segurança na “defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária”. Importante salientar, que parte da doutrina entende que deveria se permitir a impetração da segurança para defesa de interesse transindividual que comporte a utilização desta via. José Afonso da Silva (2003, p. 138), por exemplo, entende que os partidos políticos são instrumentos da vontade popular, e, portanto, poderiam impetrar o *madamus* coletivo na defesa de interesses da sociedade no geral, e não apenas de seus filiados.

[...] consubstancia os princípios da representação e da autoridade legítima. O primeiro significa que o poder, que reside no povo, é exercido, em seu nome, por seus representantes periodicamente eleitos [...] o segundo consiste em que o mandato realiza a técnica constitucional por meio da qual o Estado, que carece de vontade real e própria, adquire condições de manifestar-se e decidir, porque é pelo mandato que se constituem os órgãos governamentais, dotando-os de titulares e, pois, de vontade humana, mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou, por outras palavras, o poder se impõe.

A respeito da legitimidade, Teori Albino Zavascki (2006, p. 213-213) explana ser

¹² Art. 5º. LXX. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

¹³ Exige-se autorização legal para a postulação de direitos alheios em nome próprio. Art. 6º do Código de Processo Civil. “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

indispensável a prevalência de interesse próprio para o substituto, pois, a seu ver, não seria crível que o partido político se colocasse em defesa de direitos que não lhe dizem respeito:

Porque para ajuizar qualquer demanda não basta que o autor detenha legitimidade. É indispensável que tenha também interesse, diz o art. 3º do CPC. Isso se aplica igualmente ao substituto processual, que há de ostentar interesse próprio, distinto e cumulado com o do substituído. Ora, esse interesse próprio, no caso de mandado de segurança coletivo, se manifesta exatamente pela relação de pertinência e compatibilidade entre a razão de ser (= finalidade institucional) da entidade impetrante e o conteúdo do direito ameaçado ou violado, objeto da demanda. Não seria concebível que o partido político ou qualquer dos demais legitimados fossem a juízo para bater-se em defesa de direitos que nem diretamente nem indiretamente lhes dissessem respeito algum. Sem elo de referência entre o direito afirmado e a razão de ser de quem o afirma, faltarà à ação uma das suas condições essenciais, pois o sistema jurídico não comporta hipótese de demandas de mero diletantismo, e isso se aplica também ao substituto processual. Exatamente em razão do interesse jurídico antes referido (= relação de pertinência e de compatibilidade entre o direito material afirmado em juízo, titularizado na pessoa dos associados ou filiados, e os fins institucionais do impetrante), o ajuizamento da ação dispensará qualquer espécie de autorização individual ou assembleia. Diferentemente do que ocorre em relação às ações coletivas, promovidas com base na legitimação outorgada pelo art. 5º, inciso XXI, da CF, “a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor de associados independe de autorização destes”. É o que dispõe a Súmula n. 629 do STF, dirimindo, no plano jurisprudencial, qualquer dúvida a respeito

Quanto a legitimação ativa das organizações sindicais, entidades de classe e associações, a segunda parte do *caput* do artigo 21, da supracitada Lei trás o requisito da pré-constituição da entidade há pelo menos um ano e desde que a impetração se dê para a tutela jurisdicional dos direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos, e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada autorização especial para a impetração¹⁴.

Contudo, atualmente, no que diz respeito às entidades de classe e sindicatos, não vem sido exigida a constituição há pelo menos um ano, vez que esta exigência vale apenas

¹⁴ 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.

para as associações, mas em ambas se faz necessária a pertinência temática¹⁵. Ainda, a Súmula 630 do Supremo Tribunal Federal, diz que: “A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”.

2.2 Taxatividade ou não do rol de legitimados: legitimidade do Ministério Público

Inicialmente, cumpre dizer que existem discussões doutrinárias questionando se, o rol dos legitimados para impetração do mandado de segurança coletiva seria taxativo, ou não. Majoritariamente, entende-se que não seria àquele um rol exemplificativo para ajuizamento da ação, mas, como acima salientado, existem correntes jurisprudenciais que entendem o contrário, a exemplo, observa-se as ideias de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 693):

O rol de legitimados para propositura de mandado de segurança coletivo não é taxativo. Como observa a doutrina, “a previsão constitucional que trata do mandado de segurança coletivo limita-se a estabelecer os legitimados para esta ação. Em contraste com a legitimidade para outras ações coletivas (qualquer cidadão para a ação popular e vários entes para as ações civis públicas) é de se questionar se a legitimação aqui prevista é exclusiva, ou seja, se o rol trazido no dispositivo em questão é exaustivo. Nada há que autorize esta conclusão. A garantia fundamental, como cediço, não pode ser restringida, mas nada impede (aliás será muito salutar) que seja ampliada. Daí ser possível questionar-se da possibilidade de autorizar os legitimados para as ações civis públicas a proporem mandado de segurança coletivo. Partindo-se do pressuposto de que o mandado de segurança é apenas uma forma de procedimento, mostra-se impossível fugir da conclusão de que a tutela dos interesses coletivos já foi outorgada, pelo texto constitucional e por diplomas infraconstitucionais, a outras entidades além daquelas enumeradas no dispositivo em exame. Ora, se essas outras entidades já estão habilitadas à proteção desses interesses, qual seria a racionalidade em negar-lhes autorização para utilizar uma via processual de proteção? Absolutamente, nenhuma. Diante disso, parece bastante razoável sustentar a ampliação – pelo direito infraconstitucional e também pelas normas constitucionais (v.g., art. 129,III) – do rol de legitimados para a impetração deste remédio constitucional, de sorte que todos os autorizados para as ações coletivas também tenham à sua disposição o mandado de segurança coletivo como técnica processual para a proteção dos interesses de massa”. A jurisprudência do STF, contudo, permanece tímida a respeito do ponto, sustentando a taxatividade do rol de legitimados à impetração de mandado de segurança coletivo (STF, Pleno, AgRg na Rcl 1.097/PE, rel. Min. Moreira

¹⁵ Tratando-se de mandado de segurança coletivo impetrado por sindicato, é indevido a exigência de um ano de constituição e funcionamento, porquanto esta restrição destina-se apenas às associações”. (STF, RE 198.919, Rel. Min. Imar Galvão, DJ, 24/09/99).

Alves. DJ 12.11.1999, p. 102)

O mandado de segurança coletivo se caracteriza como uma ação coletiva, e não seria razoável restringir a legitimidade para impetração a um grupo limitado. A exemplo, disso tem-se a ampliação do rol dos legitimados para ação civil pública, que incluiu a Defensoria Pública (Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007). Ademais, a súmula 601 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que “O Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, ainda que decorrentes da prestação de serviço público”.

Materialmente, entende-se que se tratando de uma ação que visa afastar ou impedir lesão a direito líquido e certo, perpetrada pelo Estado, a utilização da via mandamental coletiva, pelo Ministério Público, seria adequada para resguardar direitos transindividuais líquidos e certos permeados por interesses sociais. E, o Ministério Público tem fins institucionais completamente diferentes dos legitimados na Lei do Mandado de Segurança, eis que atua nos interesses da coletividade num todo¹⁶ e pode deste modo, tutelar direitos coletivos e individuais homogêneos.

Outrossim, cumpre ao Ministério Público, promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, conforme o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal.

2.3 Legitimidade Passiva

A legitimidade passiva do mandado de segurança coletivo é inerente à autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público que esteja realizando ilegalidade ou abuso de poder.

3. DIREITOS TUTELADOS

Como já salientado, o mandando de segurança coletivo pode ser impetrado na defesa de direitos coletivos transindividuais e individuais homogêneos, nos termos do artigo

¹⁶ Art. 127. Constituição Federal. O Ministério Público é “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

21, da Lei n.º 12.016/2009. Vejamos.

3.1 Direitos Coletivos Transindividuais e Direitos Individuais Homogêneos

Teori Albino Zavascki (1995) diz que os direitos coletivos transindividuais são aqueles que possuem determinação relativa de titulares, ou seja, não há um titular individual, mas sim uma ligação entre vários titulares coletivos, decorrente de uma relação jurídica, permitindo-se apenas a disponibilidade coletiva do objeto, e, exemplificando, cita o Estatuto da Ordem dos Advogados.

Já no que diz respeito aos direitos individuais homogêneos, Teori explica que existe uma exata identificação dos sujeitos, bem como de suas respectivas relações com o objeto que se pretende, “a ligação decorre da circunstância de serem titulares (individuais) de direitos com origem comum”, como por exemplo, o direito dos consumidores ao proporcional abatimento do preço de produtos viciados. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2003, p. 813) conceituaram os direitos individuais homogêneos como:

[...] direitos individuais cujo titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é divisível e cindível. O que caracteriza um direito individual comum como homogêneo é a sua origem comum. A grande novidade trazida pelo CDC no particular foi permitir que esses direitos individuais pudessem ser defendidos coletivamente em juízo. Não se trata de pluralidade subjetiva de demanda (litisconsórcio), mas de uma única demanda, coletiva, objetivando a tutela dos titulares dos direitos individuais homogêneos. A ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos é, grosso modo, a *class actin* brasileira.

E, apesar de possuírem natureza coletiva, os direitos individuais homogêneos são direitos individuais que têm uma origem comum, neste, os titulares do direito são determinados e podem dispor individualmente do objeto da reparação.

4. DIREITOS DIFUSOS

Os direitos difusos possuem natureza indivisível, pois se tratam de direitos que pertencem a todos de forma simultânea, e não apenas a determinados particulares, nesta modalidade, não há a possibilidade de determinar todos os sujeitos titulares.

Em outras épocas, a existência dos direitos difusos já se fazia presente na história, todavia, nunca de forma direta. Em 1974, na Itália, a temática foi diretamente abordada durante o Congresso de Pavia, oportunidade em que Mauro Cappelletti, Vittorio Denti e Andrea Proto Pisani versaram sobre as ações para a tutela dos interesses coletivos e abordaram assuntos relativos aos direitos difusos (VILLAS BÔAS; DAMASCENA, 2004, p. 99), sendo que no ano seguinte, no Encontro de Florença, ao tratarem das liberdade e formações sociais, houve destaque para os direitos do consumidor, proteção do meio ambiente e direitos sociais.

4.1 A defesa dos Direitos Difusos por meio do Mandado de Segurança Coletivo

Os direitos difusos possuem um conceito mais amplo e natureza indivisível, pois se tratam de direitos que pertencem a todos de forma simultânea, e não apenas a determinados particulares, nesta modalidade, não há a possibilidade de determinar todos os sujeitos titulares.

Segundo Luiz Otávio Stédile (2011, p. 44), “são caracterizados por ter por causa material a identificação entre interesses dispersos na sociedade, bem como pela sua indisponibilidade absoluta. ” A diferença entre os direitos coletivos e os direitos difusos reside na titularidade dos sujeitos, pois aqueles têm como titulares pessoas integrantes de um determinado grupo, categoria ou classe, enquanto que estes possuem como titulares, sujeitos indeterminados, ligados por circunstâncias de fato – como o direito ao meio ambiente saudável, saúde, educação, entre outros.

Além do mais, convém ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81, determina que “a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. ”, sendo que em seus incisos, apresenta um rol de situações em que a defesa coletiva poderá ser exercida, como por exemplo: atuação em ingressos difusos, interesses coletivos e interesses individuais homogêneos.

E, da análise do mencionado artigo, denota-se que os direitos difusos foram excluídos da Lei nº. 12.016/2009, sem que houvesse existência de motivo lógico para tanto. Para Marinoni (2003, p. 304), supracitada omissão trata-se de retrocesso, pois:

O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado para tutela de direitos individuais ou para tutela de direitos coletivos – direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. Impedir a tutela de direitos difusos mediante mandado de segurança coletivo a partir de uma interpretação literal do art. 21 da Lei 12.016, importa 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 – e com isso dá azo ao reconhecimento da dignidade outorgada pela nossa Constituição aos novos direitos. Com isso, o mandado de segurança desloca-se da esfera de influência do Estado Legislativo – em que sobressai a necessidade de proteção do indivíduo contra o Estado tão somente – e passa a integrar os domínios do Estado Constitucional, sendo veículo adequado também para prestação de tutela aos novos direitos em que a transindivisualidade está normalmente presente.

Verifica-se, ainda, que a Constituição Federal, não possui detém qualquer tipo de restrição quanto ao parágrafo único, do artigo 21 da Lei nº. 12.016/2009, sendo que o legislador, portanto, não poderia ter criado restrição quanto à defesa de direitos difusos pelo Mandado de Segurança Coletivo. Segundo o entendimento de Fredie Didier Jr. (2002) a Constituição reconhece expressamente a existência dos direitos e deveres individuais e coletivos como direitos e garantias fundamentais e, inclusive, o mandado de segurança possui previsão legal no capítulo que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos.

Ademais, a existência de um direito sem a possibilidade de defendê-lo, por inexistência de uma ação adequada para tanto, se traduz em um evidente atentado às promessas constitucionais e a força normativa da Constituição que dela decorre. Seria o mesmo que ter um carro sem as rodas. A celeridade do *writ* e sua longa tradição, são resultados da formação da República do Brasil e quaisquer restrições ao mandado de segurança e aplicabilidade devem ser entendidas como uma supressão ou restrição a um direito fundamental e, portanto, deve ser justificada constitucionalmente.

Por fim, fazendo-se análise do contido no Código de Defesa do Consumidor, encontra-se o artigo 83¹⁷ do mencionado código, que determina que todas as espécies de ações podem ser utilizadas para a tutela de direitos difusos, possibilitando, deste modo, o *writ* coletivo. E, neste ponto, salienta-se dizer que todos os atos que possam vir a violar a dignidade de determinado grupo de minorias, como os consumidores claramente hipossuficientes e se traduzam em um atentado à dignidade do consumidor, maculam direitos

¹⁷ Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

da personalidade e devem ser reparados.

As condutas lesivas à dignidade do consumidor ou de minorias e grupos vulneráveis trazem reflexos em sua personalidade, assim como àquelas que afetam seus direitos fundamentais, e sociais. Sendo que, portanto, o direito deve dispor de todos os mecanismos necessários para a proteção da sociedade e a garantia de seus direitos essenciais.

5. CONCLUSÃO

Com efeito, conclui-se que as coletivas remontam à períodos muito antigos da sociedade, sendo que o individualismo exacerbado que existia nos períodos passados foram dando lugar a sentimentos de coletividade, culminando na luta social, nas lutas de classes e na união das pessoas para a busca de direitos em comum. No Brasil, o código de defesa do consumidor trabalhou os direitos e interesses difusos, a fim de esclarecer o assunto.

Ainda, convém ressaltar que existem entendimentos que tratam os direitos do consumidor como direitos fundamentais e relativos à personalidade da pessoa, tendo em vista a sociedade do consumo e a Constituição Federal como fonte primária de proteção ao consumidor. Desta feita, p direito a uma vida digna, ao trabalho, saúde, moradia, lazer, entre outros direitos sociais previstos na Carta Magna também dizem respeito à interesses coletivos e difusos.

Assim, no que for cabível, compete ao Ministério Público a defesa da sociedade, tendo em vista que o *parquet* exerce um poder-dever para o estado, em função da coletividade. Lhe incumbe a tutela dos interesses jurídicos do conjunto social, na qualidade de membro da comunidade. O artigo 127¹⁸, *caput*, da Constituição Federal de 1988, determina que incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, porque a lei, em tese, corresponde às vontades de seus cidadãos.

Ante os fundamentos expostos, verificando-se que a) o representante do Ministério Público, nos termos da Constituição Federal possui legitimidade para defender interesses coletivos e difusos; b) foi incluído no rol dos legitimados da Ação Civil Pública, e; c) diante do contido no artigo 83, do Código de Defesa do Consumidor: não deveria se falar

¹⁸ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

em restrição da utilização do mandado de segurança coletivo, para tutelar direitos difusos, que interessam a sociedade num todo.

Trata-se o *mandamus* de um procedimento mais célere, que traz como um de seus requisitos, a existência de prova pré-constituída, na proteção de direito líquido e certo, perpetrado por autoridades e está inserido entre as garantias fundamentais elencadas no art. 5º da Constituição Federal, de moldes que sua restrição é, conseqüentemente, a restrição de um direito fundamental. Nas palavras de Luís Otávio Stédile (2011, p. 79):

Não há por que forçar o Parquet a servir-se de uma ação ordinária (*rectius*: ação civil pública) quando, munido de prova pré-constituída de eventual lesão a direito difuso ou coletivo, cuja proteção seja entremeada por interesse social, pode, com vantagem, fazer uso de uma ação: a) de tramitação preferencial; b) cujo rito prima pela celeridade; c) destituída de instrução probatória; d) de exequibilidade inerente e imediata; e) cuja natureza mandamental confere eficácia diversificada à ordem expedida, com a possibilidade, inclusive, de imposição de sanções penais, administrativas e processuais ao agente público que vier a descumpri-la.

E, finalizando, Luiz Manoel Gomes Junior e Rogério Favreto (2009) defendem que, a omissão do legislador em não incluir os direitos difusos no rol do art. 21 da Lei do Mandado de Segurança mostra-se irrelevante, pois o art. 5º, incisos LXIX e LXX, da CF/1988 exige apenas que tenha sido violado direito líquido e certo, não restringindo a categoria do direito (difuso, coletivo ou individual homogêneo). Assim, inexistindo a necessidade de ampla dilação probatória, não há qualquer óbice legal ou fático, que possa vir a impedir a impetração de mandado de segurança coletivo, ainda que se almeje a defesa de direitos difusos.

Desta forma, entende-se que preenchidos mencionados requisitos – direito líquido e certo, com prova pré-constituída –, não haveria razão de se restringir os “substitutos” para propositura do remédio que só teria a contribuir para a sociedade e na garantia dos direitos sociais, fundamentais e da personalidade da pessoa humana, sendo que a ausência de previsão legal dos direitos difusos no rol de direitos a serem protegidos pela via mandamental se trata de significativa atecnia legislativa da Lei nº. 12.016/2009.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2007.

ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda. **Apontamentos sobre o mandado de segurança coletivo**. Arruda Alvim & Thereza Alvim Advocacia e Consultoria Jurídica, São Paulo, SP, 10 jun. 2006.

AMARAL, Paulo Osternack. **O novo perfil do mandado de segurança coletivo**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba nº 30, agosto 2009, disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=30&artigo=50>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

ANAYA, José Adriano; ALTAMIRANO, Yolanda Castañeda; RINCÓN Adrián Reyes. El derecho al desarrollo y los derechos de la naturaleza. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 8, N. 2, 2020.

BASTOS, Lucília Isabel Candini. **Mandado de segurança coletivo**. Curitiba: Juruá, 2007.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Legitimidade ativa e objeto material no mandado de segurança coletivo**. Revista dos Tribunais, v. 99, n. 895.

BOTELHO, Marcos César. A LGPD e a proteção ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 8, N. 2, 2020.

CASTILHO, Ricardo dos Santos. **Direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**. Campinas: LZN, 2004.

Código de Defesa do Consumidor de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 17 jun. 2019.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 jun. 2019.

CRETELLA JUNIOR, José. **Do Mandado de Segurança Coletivo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

CUBIDES-CÁRDENAS, Jaime; NAVAS-CAMARGO, Fernanda; ORTIZ-TORRES, Diana; RICO, Antonio Fajardo. La libertad de expresión en Colombia: parámetros constitucionales y reglas jurisprudenciales. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 8, N. 2, 2020.

DAMASCENA, Carine Valeriano; VILLAS BÔAS, Regina Vera. **Aspectos relevantes da história dos direitos difusos e coletivos**. Direito & Paz, Lorena: Centro Universitário Salesiano de São Paulo, 2004.

DIDER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Editorial. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/main/noticias/detalhe.jsp?CId=342>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

DIDIER Júnior, Fredie. **Natureza jurídica das informações da autoridade coatora no mandado de segurança**. In: Bueno, Cássio Scarpinella; Alvim, Eduardo Arruda; Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; FERNANDES, Ana Elisa Silva. A resolução n. 125/2010 do CNJ como política pública de tratamento adequado aos conflitos nas relações familiares: em direção à proteção da dignidade da pessoa humana e a efetivação dos direitos da personalidade. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 8, N. 2, 2020.

FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. La necesidad de transversalizar los derechos humanos en las políticas públicas para hacer frente a las crisis: una aproximación desde el derecho internacional de los derechos humanos. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 8, N. 2, 2020.

FUX, Luiz. **Mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GOMES JR., Luiz Manoel, et al. **Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança**. Lei 12.016 de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto**. Revista de Processo, São Paulo, n. 57, p. 96, 1990.

Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1533.htm>. Acesso em: 01 jul. 2019.

Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11448.htm>. Acesso em: 06 jun. 2019.

Lei nº. 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 01 jun. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. Marinoni Advocacia, Curitiba, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Curitiba: Genesis, Revista de Direito Processual Civil, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELES, Hely Lopes - **Mandado de Segurança**. São Paulo:1983.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro, RJ: Henrique Cahen, 1953, v. 4.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012

SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Juvêncio Borges; IZÁ, Adriana de Oliveira. A importância da participação popular na elaboração do orçamento e os limites estabelecidos pela lei de responsabilidade fiscal para a administração pública. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 8, N. 2, 2020.

STJ – MS 197/DF. 1989/0009631-1. Relator: Ministro José de Jesus Filho. Data de Julgamento: 08/05/1990. 1º Seção. Data de Publicação: DJ 20/08/1990, p. 7950. Rel. Min. Garcia Vieira.

STÉDILE, Luís Otávio. **O Mandado de Segurança Coletivo e a Legitimidade do Ministério Público para sua impetração**. 2011. Disponível em: <file:///C:/Users/05403946101/Downloads/O%20mandado%20de%20segurança%20coletivo%20e%20a%20legitimidade%20do%20Ministério%20Público%20para%20sua%20impetração.pdf>. Acesso em: 10 maio 2019.

STORINI, Claudia; QUIZHPE-GUALÁN, Fausto César. Hacia otro fundamento de los derechos de la naturaliza. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 8, N. 2, 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIÑA, Jordi García. Aspectos laborales de empresas complejas en España. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 8, N. 2, 2020.

YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven and London: Yale University Press, 1987.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZEIFERT, Anna Paula Bagetti; CENCI, Daniel Rubens; MANCHINI, Alex. A justiça social e a agenda 2030: políticas de desenvolvimento para a construção de sociedades justas e inclusivas. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 8, N. 2, 2020.

Submetido em 30.09.2020

Aceito em 27.01.2021