

A (IN)EXISTÊNCIA DE AÇÃO COLETIVA ATÍPICA E A NATUREZA JURÍDICA DE AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO EM MOMENTO ANTERIOR À REGULAMENTAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Joaquim Pedro Menezes de Jesus Lisboa¹

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. O caso concreto. 3. Do *nomen iuris* dado à demanda. 4. O microssistema de processo coletivo. Existência de uma Ação Coletiva atípica/autônoma? 5. Do tipo de Ação Coletiva ajuizada. Do Mandado de Segurança coletivo. Ajuizamento do *mandamus* em momento anterior à sua regulamentação normativa. Conclusão. Referências bibliográficas.

RESUMO Este trabalho tem como objetivo principal analisar a natureza jurídica de Ação Coletiva a partir de um caso concreto específico. Será analisada a possibilidade ou não de ajuizamento de Ação Coletiva atípica. A partir disso, será estudada a possibilidade de ajuizamento de Mandado de Segurança coletivo mesmo antes de sua regulamentação legal.

Palavras-chave: processo coletivo; mandado de segurança coletivo; ação coletiva atípica.

ABSTRACT This work has as main objective to analyze the legal nature of Class Action from a specific concrete case. The possibility or not of atypical class action will be analyzed. And, from this, the possibility of filing a Collective Injunction will be studied before its legal authorization.

Keywords: collective process; collective writ of mandamus; atypical collective action.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo intenta trazer à lume o questionamento surgido no caso prático vivenciado em cumprimento individual de Ação Coletiva ajuizada por sindicato da categoria.

Durante o referido cumprimento individual, surgiu o debate acerca da natureza jurídica da Ação Coletiva que se intentava executar.

Desse modo, partindo da análise do caso concreto vivenciado, o presente estudo, ainda que breve, tem o objetivo de analisar a possibilidade ou não de ajuizamento de uma Ação Coletiva atípica, dissociada das espécies típicas de ações coletivas previstas legalmente e, em seguida, entender se seria possível considerar a demanda coletiva como um Mandado de Segurança coletivo, mesmo antes da regulamentação normativa da referida ação, ocorrida com a Lei nº 12.016/09.

A conclusão da análise demandará, necessariamente, o estudo de tutela coletiva constitucional e suas vicissitudes, mormente quando se tem o Mandado de Segurança como uma típica ação constitucional.

2. O CASO CONCRETO

O caso concreto foi vivenciado no processo nº 100727-10.2019.8.26.0053, o qual trata de um cumprimento individual de sentença prolatada na demanda coletiva nº 0002370-51.2004.8.26.0053.

A demanda coletiva, em si, tinha como objeto principal o intuito de cessar descontos de contribuições previdenciárias que vinham sendo feitos em desfavor dos inativos da categoria. Referida ação, por final, veio a ser julgada procedente.

O cumprimento individual da sentença coletiva, manejado por integrantes da categoria do sindicato, iniciou-se informando que a Ação Coletiva nº 0002370-51.2004.8.26.0053 seria um Mandado de Segurança coletivo.

Fora apresentada impugnação por parte do estado de São Paulo, informando a impossibilidade de execução de valores que antecediam o ajuizamento do *writ* constitucional, tendo em vista a norma específica contida na Lei nº 12.016/09 nesse sentido (art. 14, § 4º).

A impugnação fora acolhida pelo magistrado, extinguindo a execução.

No entanto, após ter julgamento desfavorável contra si, os exequentes alegaram, por meio de Embargos Declaratórios, que a demanda principal se tratava, em verdade, de uma Ação Coletiva Ordinária, e não de um Mandado de Segurança coletivo, como informado inicialmente.

Para levantar tal alegação, fundamentaram-se no nome dado à Ação Coletiva à época do ajuizamento, tendo em vista que foi nominada genericamente como “ação ordinária”, apesar de suas características coletivas.

Entende-se que, com essa alegação, os exequentes levantaram a tese de que a demanda coletiva manejada seria uma Ação Coletiva atípica, tendo em vista que, ao ser analisada nominalmente, não estaria enquadrada entre nenhuma das ações coletivas típicas existentes (Ação Civil Pública, Mandado de Segurança coletivo, Ação Popular, entre outras).

Fato é que, com a referida alegação, nasceu a dúvida acerca de quais regras procedimentais seriam aplicáveis ao cumprimento individual de sentença, se seguiriam as normas de execução ordinárias ou normas específicas da legislação do microsistema de tutela coletiva.

Apenas fazendo um adendo explicativo, o Estado manteve a tese de que se trataria de um Mandado de Segurança coletivo. No entanto, o magistrado do caso acabou por entender que se trataria de uma ação ordinária, conforme alegado pelos exequentes. Apesar disso, manteve a extinção do cumprimento de sentença por motivo outro, distinto da discussão que será travada no presente estudo.

Ultrapassado esse adendo explicativo, o fato é que, nascida a controvérsia, é necessário apontar qual a real natureza jurídica da demanda coletiva que se intentava executar, o que se passará a fazer nos tópicos que se seguem.

3. DO NOMEN IURIS DADO À DEMANDA

No primeiro momento, cumpre analisar se o nome dado à ação é efetivamente importante para definição de sua natureza jurídica.

No caso, como já informado, a alegação dos exequentes foi no sentido de que, tendo a Ação Coletiva sido nominada como ação ordinária, seria então uma Ação Coletiva Ordinária.

O fato é que a doutrina mais abalizada vem se manifestando no sentido que o *nomen iuris* conferido à ação não é capaz de determinar sua natureza jurídica. É necessário analisar o cerne da ação em si, os objetivos intentados, tipo de legitimado ativo etc. Veja-se:

Além disso, também o “nome” dado à Ação Coletiva não importa para fins de sua admissibilidade em juízo. O que importa é a “substância” da ação. Por exemplo: quer seja uma “ação de Mandado de Segurança coletivo”, quer uma “Ação Civil Pública” ou uma “Ação Popular”, se todas compartilham mesma causa de pedir e mesmo pedido (ou próximo – mesmo “bem ou interesse” objeto de tutela), nesse caso haverá duplicidade de litispendência, poderá haver coisa julgada ou conexão ou continência.

O principal: para fins de admissibilidade da demanda o nome é desimportante.²

Tem-se, portanto, que a alegação fundada tão somente no nome conferido à ação não nos parece a melhor maneira de definir sua natureza jurídica.

No caso em específico, analisando a ação originária informada acima, fica nítido o seu caráter de ação coletiva, tendo em vista ter sido movida por sindicato, havendo, inclusive, debate acerca de sua legitimidade ativa como substituto processual.

Isso é importante, pois somente havendo a natureza jurídica de ação coletiva é que os efeitos da coisa julgada poderiam ser transportados às partes individuais, que se beneficiaram do determinado ao final da demanda, de modo que os legitimariam a executar a sentença de forma individual.

Tal entendimento deve-se ao fato de que o efeito subjetivo da coisa julgada difere quando se está a tratar de uma demanda individual ou uma demanda coletiva.

Caso a demanda fosse considerada uma ação ordinária pura e simples, de natureza individual, os efeitos da coisa julgada iriam estar

2 DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. – 14. ed. – Salvador: Juspodivm, 2020, p. 150.

restritos aos participantes da ação (efeitos *inter partes*), tendo em vista a limitação subjetiva da coisa julgada informada no art. 506, do CPC³.

Por outro lado, em demandas coletivas, os efeitos da coisa julgada são determinados não pelo CPC, mas sim pelo Código de Defesa do Consumidor, no art. 103⁴ do diploma, de modo que dependerá do tipo de direito coletivo que está sendo tutelado na ação. No entanto, em todas as hipóteses, a coisa julgada atingirá sujeitos que não participaram do processo em si (efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*)⁵, sendo esse o ponto fulcral que difere os efeitos da coisa julgada em uma demanda individual dos efeitos em uma demanda coletiva.

Fixado que a demanda tem características específicas de ação coletiva, cumpriria definir que tipo de ação ela seria. Uma Ação Coletiva autônoma, conforme alegado pelos exequentes, ou outra Ação Coletiva entre as típicas demandas previstas no ordenamento pátrio.

Os próximos pontos tentam chegar à conclusão sobre qual tipo de Ação Coletiva se estava tentando executar.

4. O MICROSSISTEMA DE PROCESSO COLETIVO. EXISTÊNCIA DE UMA AÇÃO COLETIVA ATÍPICA/AUTÔNOMA?

A perspectiva coletiva de processo surgiu diante do desenvolvimento da sociedade, com um grau de massificação de condutas e conflitos que

3 Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

4 Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - *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;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

5 Na tutela coletiva não se repete a regra da coisa julgada *inter partes* presente no Código de Processo Civil. O tema é versado no art. 103 do CDC e varia conforme a espécie de direito coletivo *lato sensu* que compõe o objeto do processo. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – Volume único*. 8. ed. – Salvador: Juspodivm, 2016.)

demonstraram que uma proteção coletiva ampla poderia ser até mesmo mais eficaz do que quando observada tutela processual sob uma simples ótica individual.

O objetivo da coletivização da lide é dar efetividade ao direito de acesso à justiça, bem como promover economia processual, racionalizando a prestação do serviço do Poder Judiciário.

Certo é que a teoria de processo coletivo é relativamente recente, quando comparada a outras searas do Direito.

A demonstrar isso, temos que no Brasil ainda não existe um código específico que regulamente as ações coletivas de maneira uniforme e racionalizada.

No Direito pátrio, as regras aplicáveis às demandas coletivas derivam de diversos diplomas legais que, quando somados, compõem o que se chama, usualmente, de microsistema da tutela coletiva.

Nesse ponto, importante citar que o CDC é visto, por alguns autores, como um verdadeiro “código de processo coletivo brasileiro”, por ter inovado na temática de defesa coletiva do consumidor, procedendo a alterações na própria Lei da Ação Civil Pública. Vejamos como explicam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.:

O CDC (Lei nº 8.078/1990) surgiu por imposição expressa do art. 5º, XXXII, da CF/88 e do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

O estatuto dispõe a matéria em seis títulos, sendo principal, para este estudo, o Título III “Da Defesa do Consumidor em Juízo”. Ali, já no art. 81, parágrafo único, incisos I, II e III, estabelece o Código os conceitos de direito difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, **atingindo, assim, um tema que até então não havia sido esclarecido por nenhuma legislação nacional de forma expressa e que era conturbado, inclusive na doutrina especializada.**

(...)

O CDC, ao alterar a Lei nº 7.347/1985 (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 11/9/1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.⁶

Nada obstante a essa ideia do CDC como sendo um código de processo coletivo brasileiro, o certo é que as mais diversas normas com características de processo coletivo compõem o que se denomina microsistema, de modo que suas previsões se interpenetram e se subsidiam.

Desse modo, o microsistema seria composto “pelo CDC, a Lei de Ação Civil Pública, a Lei de Ação Popular, no seu núcleo, a Lei de Improbidade Administrativa, a lei do Mandado de Segurança e outras leis avulsas, na sua periferia.”⁷

Fato é que, diante dessa inexistência de uma codificação específica acerca da tutela coletiva, surgem diversas dúvidas e debates durante a aplicação diária do Direito.

A dúvida que permeia o presente estudo é: dentro de uma temática civil-administrativa, existiria uma espécie de Ação Coletiva atípica/autônoma? É dizer, uma ação manejada por um legitimado coletivo, tomando como base o procedimento genérico e vicissitudes do microsistema de tutela coletiva? Ou toda Ação Coletiva deveria estar enquadrada entre um dos tipos previstos na legislação esparsa (LACP, LAP, LMS etc.)?

Nesse ponto, mister frisar que há debate doutrinário acerca da própria terminologia do termo “ação coletiva”, se seria gênero ou espécie que se confundiria com a própria Ação Civil Pública em si.

De forma muito didática, Marcos de Araújo Cavalcanti, em artigo escrito para a *Revista Dialética de Direito Processual*, apontou posições doutrinárias sobre a discussão terminológica dos termos, de modo que se passa a transcrever:

Um dos assuntos mais tormentosos no que diz respeito aos processos coletivos é a polêmica em torno da terminologia adequada para denominar as demandas que visam compor litígios coletivos ou coletivizados. Há algum tempo, a doutrina discute a existência de diferenças teóricas e/ou práticas entre as chamadas “Ação Civil Pública” e “Ação Coletiva”, questionando se existe alguma utilidade na mencionada divisão terminológica.

6 DIDIER JR., Fredie; *et al. Op. cit.*, p. 75/76.

7 DIDIER JR., Fredie; *et al. Op. Cit.*, p. 77.

Em pesquisa doutrinária, foi possível identificar cinco correntes distintas sobre a questão:

a) a primeira defende que a expressão “ação coletiva” constitui-se em gênero que abrange todas as demandas que tenham por objeto a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Para essa corrente, são espécies de ações coletivas: a Ação Civil Pública, o Mandado de Segurança coletivo, a Ação Popular, a Ação de Improbidade Administrativa, o Mandado de Injunção coletivo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental etc. Compartilham dessa posição os professores Sérgio Shimura e Pedro Lenza;

b) a segunda corrente entende que não é possível considerar a “Ação Coletiva” como um gênero do qual a “Ação Civil Pública” seja uma das espécies. De acordo com esse entendimento, as expressões mencionadas são sinônimas e não há qualquer utilidade prática na divisão terminológica. Em que pese a existência de sinonímia, essa doutrina prefere a utilização do termo “ação coletiva” em detrimento da expressão “ação civil pública”, porque a primeira revela o tipo de direito (o coletivo) que se pretende tutelar por meio da demanda. Integram essa corrente José Marcelo Menezes Vigliar e Ada Pellegrini Grinover;

c) a terceira posição doutrinária, embora também conclua que as referidas denominações são sinônimas e que não existe qualquer diferença, tampouco utilidade prática na divisão terminológica, prefere utilizar a expressão “ação civil pública”, por ser aquela empregada em vários textos legais e na Constituição da República, mostrando-se consolidada na jurisprudência e na doutrina especializada. Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso e Pedro da Silva Dinamarco;

d) a quarta corrente entende existirem duas ações distintas, escolhendo por denominar “Ação Civil Pública” a demanda ajuizada pelo Ministério Público e “Ação Coletiva” aquela proposta pelos demais colegitimados. O critério de distinção proposto por essa corrente é puramente subjetivo, ou seja, considera a qualidade da parte legitimada para agir. Entre os que adotam essa posição, destaca-se Hugo Nigro Mazzilli;

e) a quinta e última corrente sustenta a existência de duas ações diferentes. Contudo, o enfoque é objetivo, visto que apenas avalia a natureza do bem tutelado (direitos difusos, coletivo ou individual homogê-

neo). De acordo com essa doutrina, a “Ação Civil Pública” atua em um campo mais abrangente do que aquele previsto para a “Ação Coletiva”, podendo ser utilizada, nos termos da Lei nº 7.347/1985, para a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (esses últimos apenas quando houver relevância social). Já a “Ação Coletiva” somente pode ser utilizada para a defesa dos direitos individuais homogêneos, na forma do que estabelecem os arts. 91 a 100 do CDC, não sendo cabível para a defesa dos direitos difusos e coletivos. Fazem parte dessa corrente João Batista de Almeida, Cassio Scarpinella Bueno e Luiz Manoel Gomes Júnior.⁸

A partir dessa exposição, duas percepções surgem.

Em primeiro lugar, possível notar a intensa divergência de posicionamento da doutrina, tendo em vista ter sido possível concluir pela existência de cinco correntes diferentes, apenas no que tange à fixação terminológica do termo “ação coletiva”.

Em seguida, também é possível notar que a discussão terminológica se confunde, em certa medida, com a própria natureza jurídica da ação em si, especialmente se a Ação Civil Pública seria considerada uma Ação Coletiva genérica por excelência, ou se haveria espaço para outra Ação Coletiva, tida como autônoma, distinta da Ação Civil Pública.

Fato é que com esse debate terminológico a dúvida se mantém, qual seja: se seria possível considerar a existência de uma Ação Coletiva autônoma, genérica, atípica.

Acreditamos que aqui surgem duas possíveis respostas.

A primeira seria entender pela possibilidade de existência de uma Ação Coletiva autônoma/atípica.

Tal entendimento poderia estar fundado no princípio da tutela coletiva conhecido como princípio da não taxatividade.

Referido princípio, junto ao princípio da atipicidade da ação e do processo coletivo, intenta dar a amplitude e a efetividade possíveis à tu-

8 CAVALCANTI, Marcos de Araújo. A Questão Terminológica: “Ação Civil Pública” ou “Ação Coletiva”? *In: Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Oliveira Rocha, nº 132, mar. 2014, p. 76/78.

tela coletiva, seja relacionado ao tipo de direito coletivo que se pretende proteger, seja relacionado ao tipo de demanda que será manejada para buscar tal proteção.

Nesse viés do princípio, entende-se que toda e qualquer ação é admitida para proteção de direitos e interesses coletivos, estando prevista no art. 83^o, do CDC.

Sendo o CDC um dos diplomas que compõem o microsistema de tutela coletiva, sua aplicação estaria alargada para outras searas, mesmo não sendo consumerista, e legitimaria, em nosso sentir, uma Ação Coletiva autônoma, mesmo que não seja prevista formalmente entre aquelas de outras leis esparsas.

Fato é que essa possibilidade poderia trazer alguns problemas como, por exemplo, o legitimado ativo da tutela coletiva valer-se dessa espécie de ação para burlar eventuais impedimentos previstos em outras normas, especialmente as vedações de manejo de Ação Civil Pública previstas no parágrafo único do art. 1^o da Lei nº 7.347/85, o que geraria certa insegurança jurídica.

Aqui, importante frisar que, apesar do debate em torno dos impedimentos previstos pela Lei de Ação Civil Pública, o fato é que o dispositivo se encontra em pleno vigor, não tendo sido revogado expressamente, nem mesmo tendo sido declarado inválido pelo Poder Judiciário, de modo que sua aplicação deve ser observada.

Em continuidade, como segunda resposta, de forma mais conservadora, seria crer pela impossibilidade de uma Ação Coletiva atípica, de modo que, na seara civil-administrativa, somente seria possível se utilizar dos instrumentos processuais coletivos já previstos, quais sejam, Ação Civil Pública, Ação Popular, Mandado de Segurança coletivo, entre outros.

Essa ideia funda-se em um argumento mais formalista, de modo a limitar o tipo de ação entre aqueles procedimentos expressamente previstos.

Nesse sentido, poderia até mesmo se cogitar por acompanhar a posição doutrinária que entende que a Ação Civil Pública seria sinônimo

9 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 Ação Coletiva, de modo que seriam a ACP e seu regramento procedimental a Ação Coletiva por excelência em nosso ordenamento jurídico.

Acreditamos que o problema dessa hipótese seria limitar a proteção dos direitos coletivos, bem como da atuação do legitimado a defendê-los, mormente pelas proibições contidas na Lei da Ação Civil Pública, conforme demonstrado acima.

Apesar disso, entendemos que a posição mais correta a ser adotada, muito em conta da inexistência de codificação específica acerca do tema, seria pela impossibilidade de ajuizamento de Ação Coletiva atípica, de modo que, na seara civil-administrativa, somente seriam cabíveis ações coletivas entre aquelas nominadas nas leis esparsas.

Com essa posição, acredita-se que o princípio da segurança jurídica é resguardado, de modo que o procedimento e peculiaridades de uma Ação Coletiva típica (ACP, AP, MS etc.) são observados e antevistos pelas partes, tendo a Ação Civil Pública como o tipo de Ação Coletiva que regularia os casos genéricos de tutela coletiva, quando não observados os procedimentos especiais coletivos como Ação Popular, Mandado de Segurança coletivo, Ação de Improbidade Administrativa etc.

5. DO TIPO DE AÇÃO COLETIVA AJUIZADA. DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. AJUIZAMENTO DO MANDAMUS EM MOMENTO ANTERIOR À SUA REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA

Tendo como parâmetro a impossibilidade de se atribuir a uma Ação Coletiva a característica atípica, cumpre trazer à tona qual seria a natureza jurídica da Ação Coletiva nº 0002370-51.2004.8.26.0053, pelo que se faz necessário analisar sua substância.

Importante mencionar que se tratava de uma ação ajuizada por sindicato, que tinha como objetivo a defesa da categoria no que toca ao desconto de contribuição previdenciária de suas aposentadorias. Alegava que a contribuição previdenciária estaria sendo descontada indevidamente, de modo que requeria a suspensão dos descontos, bem como pagamento retroativo.

Nota-se que a demanda tem claros contornos coletivos, na perspectiva que defende indistintamente uma coletividade (categoria submetida ao sindicato) em face de um litígio ocorrido em face do estado de São Paulo e do

antigo Instituto de Previdência do Estado de São Paulo (Ipesp), bem como por ser movida por um legitimado coletivo, o sindicato.

A partir disso, e desconsiderando o nome “Ação Ordinária” conferido à demanda, insta buscar entre as espécies de ações coletivas existentes aquela que se encaixaria nos objetivos da demanda, com compatibilidade de assunto e legitimação para promovê-la.

Devido ao caráter administrativo da demanda, acredita-se que as demandas mais consentâneas ao objetivo postulado pelo sindicato seriam a Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e o Mandado de Segurança coletivo (Lei nº 12.016/09).

Ocorre que surge o primeiro problema, tendo em vista que a ação tinha como mote questões tributárias (suspensão e restituição de contribuição previdenciária indevidamente descontada), de modo que incidiria aqui a proibição contida no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85, pelo que não seria cabível o ajuizamento de Ação Civil Pública acerca do tema.

Sobraria-nos, portanto, o Mandado de Segurança coletivo.

Mister aqui lembrar que o Mandado de Segurança coletivo somente veio a ser previsto, formalmente, com a Constituição Federal de 1988¹⁰, de modo que sua regulamentação demorou mais de 20 anos para ocorrer, por meio da Lei nº 12.016/09.

Ademais, também curial apontar que se trata de ação com contornos nitidamente constitucionais, para tutela de direito líquido e certo, e, na ótica coletiva, o *writ* tem “por finalidade a proteção de um direito

10 Somente na Carta Republicana de 1988 é que se incluiu a previsão expressa de um “mandado de segurança coletivo”. Desde então, o mandado de segurança vem sendo visto como um gênero, do qual o mandado de segurança individual e o mandado de segurança coletivo são espécies. Por outro lado, podemos dizer que o mandado de segurança *coletivo*, ao lado da ação civil pública (que, para nós, é gênero que inclui a ação de improbidade administrativa) e da ação popular, é uma espécie do gênero Ação Coletiva, pois, assim como aqueles instrumentos processuais, não se destina à tutela tradicional de direitos subjetivos individuais, mas sim à tutela coletiva de direitos. (ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos esquematizado* – 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. Livro digital.)

transindividual”¹¹ em contraposição ao Mandado de Segurança genérico, movido individualmente.

No entanto, mais um problema surge: a Ação Coletiva que se está analisando foi ajuizada no ano de 2004 e a lei regulamentadora do Mandado de Segurança coletivo somente foi editada em 2009 (Lei nº 12.016/09). Daí poderia surgir a dúvida se seria possível qualificar uma demanda como Mandado de Segurança coletivo antes mesmo de sua regulamentação vir a ser efetivada por lei.

Acredita-se que seria possível considerar uma demanda como Mandado de Segurança coletivo mesmo antes de sua regulamentação por norma infraconstitucional. Isso se deve a alguns argumentos específicos.

Primeiro, necessário ter presente que se trata de uma ação constitucional, prevista no art. 5º, LXX, da CRFB/88, qualificando-se, portanto, como uma garantia fundamental.

Partindo desse pressuposto, importante termos em mente a característica da aplicação imediata dos direitos fundamentais prevista no art. 5º, § 1º, da Constituição.

Apesar de haver possíveis vozes no sentido de que a norma que prevê o Mandado de Segurança coletivo demandaria regulamentação para ter aplicabilidade plena, diante de uma possível baixa densidade normativa, acredita-se crucial levar em consideração importante posição de Ingo Wolfgang Sarlet, citado por Gilmar Mendes e Paulo Branco, que considera o “art. 5º, § 1º, da Constituição Federal uma norma-princípio, estabelecendo uma ordem de otimização, uma determinação para que se confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais”¹².

Somando-se a essa posição, também de grande importância o princípio interpretativo constitucional conhecido como princípio da máxima efetividade, que, segundo Canotilho, citado novamente por Gilmar

11 CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo** – 13. ed., totalmente reformulada – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 515.

12 MENDES; Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015 – (Série IDP), p. 155.

Mendes e Paulo Branco, informa que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”¹³.

Nesse ponto, acredita-se que a interpretação que confira o maior alcance e efetividade da constituição seria a de possibilitar o ajuizamento do Mandado de Segurança coletivo mesmo antes de sua específica regulamentação.

Por uma ótica material, possibilitaria defesa de direitos fundamentais coletivos por parte dos legitimados ativos, mesmo antes da regulamentação infraconstitucional do instituto.

Ainda, por uma ótica formal, poderia se pleitear a aplicação das normas que regiam o procedimento do Mandado de Segurança individual, que era regulamentado, até então, pela Lei nº 1.533/51, enquanto não houvesse a regulamentação do *writ* coletivo.

Logo, por meio dessa interpretação de máxima efetividade constitucional e diante da impossibilidade de considerar a Ação Coletiva ajuizada pelo sindicato como uma Ação Civil Pública, acredita-se que o mais correto seria considerá-la como um Mandado de Segurança coletivo.

CONCLUSÃO

Partindo-se da análise do caso prático posto em discussão e conjugando-se ao estudo doutrinário, possível notar que o tema levantado a debate não é de todo pacífico, principalmente se considerada sua singularidade.

No entanto, acredita-se que, diante do estudo do microssistema de tutela coletiva, o mais correto seria considerar pela impossibilidade de ajuizamento de uma Ação Coletiva atípica, em razão da forte insegurança jurídica que poderia advir desse posicionamento, mormente sobre a busca de qual norma iria reger o procedimento.

Levando isso em consideração, entende-se que as ações coletivas dispostas na legislação de maneira típica é que devem ser levadas em conta, de maneira a definir a natureza de uma Ação Coletiva ajuizada por um legitimado ativo.

13 MENDES, Gilmar Ferreira; *et al.* *Op. cit.*, p. 95/96.

Ainda, a Ação Civil Pública e seu procedimento seriam tidos como a Ação Coletiva por excelência em nosso sistema jurídico.

Somada essa conclusão, com a característica específica do caso trazido a lume, entende-se que seria possível considerar a Ação Coletiva em debate como um Mandado de Segurança coletivo, mesmo antes de ocorrida sua regulamentação, com uma interpretação que busca a máxima efetividade constitucional e a aplicação imediata das normas de direitos e garantias fundamentais.

Inobstante o concluído, certo é que a existência de uma codificação específica direcionada às demandas coletivas ajudaria, em muito, na solução de problemas procedimentais que surgem na prática diária. No entanto, trata-se de temática complexa e cabível para estudos futuros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo** – 14. ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo** – 13. ed., totalmente reformulada – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **A Questão Terminológica: “Ação Civil Pública” ou “Ação Coletiva”?** - *In: Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Oliveira Rocha, no 132, mar. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015 – (Série IDP).

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – Volume único – 8. ed. – Salvador: Juspodivm, 2016.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos esquematizado** – 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

