

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO  
CONPEDI BUENOS AIRES –  
ARGENTINA**

**DIREITO CONSTITUCIONAL I**

**MARCELO ANTONIO THEODORO**

**DIVA JÚLIA SOUSA DA CUNHA SAFE COELHO**

**MÁRCIO EDUARDO SENRA NOGUEIRA PEDROSA MORAIS**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C755

Direito Constitucional I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Diva Júlia Sousa Da Cunha Safe Coelho; Marcelo Antonio Theodoro; Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-765-6

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Constitucional. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

## DIREITO CONSTITUCIONAL I

---

### **Apresentação**

A presente coletânea é fruto dos artigos apresentados no XII Congresso Internacional do CONPEDI na cidade de Buenos Aires, Argentina, na tarde do dia 14 de outubro de 2023, sediado na prestigiada Universidad de Buenos Aires (Argentina). O Grupo de Trabalho: “Direito Constitucional I foi presidido pelos professores doutores, Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho (Universidade Federal de Goiás), Marcelo Antonio Theodoro (Universidade Federal de Mato Grosso) e Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais (Universidade de Itaúna).

Como se verá a seguir, os artigos expostos e ora publicados percorrem vários temas do Direito Constitucional Contemporâneo, em diálogos interdisciplinares importantes que vão desde o processo legislativo, o direito eleitoral, passando pela jurisdição constitucional. Chama a atenção a relevância dada pelos jovens pesquisadores aos Direitos Fundamentais, tratados em artigos que defendem a liberdade de crença, o combate ao racismo religioso e à homofobia, assim como uma preocupação com a liberdade de expressão e o combate à desinformação. Portanto a leitura completa nos leva a um diagnóstico preciso e interessante das pesquisas em direito constitucional das principais Escolas de Direito de todo o País.

Jônathas Willians da Silva Campos, Abner da Silva Jaques e Arthur Gabriel Marcon Vasques contribuíram com o artigo “A (Im)possibilidade da candidatura avulsa no Brasil à luz da Constituição Federal e do Pacto de San José da Costa Rica”, a impossibilidade da candidatura avulsa à luz do Pacto de São José da Costa Rica, cotejando o Pacto com a legislação interna;

Já o artigo “A Limitação da Imunidade Parlamentar Material pelo Poder Judiciário”, é também de autoria de Arthur Gabriel Marcon Vasques, Braga e Jônathas Willians da Silva Campos, agora na companhia de Rafael Rogério Manabosco; o terceiro artigo foi escrito por, Luiz Nunes Pegoraro e Felipe Majolo Garmes, o qual desenvolveram o estudo intitulado “O neoconstitucionalismo e o Estado Democrático de Direito, uma análise waldroniana”. Os artigos destacam um debate importante sobre a limitação da atuação do Poder judiciário e sua possível invasão na esfera dos outros poderes constituídos, além de uma crítica ao neoconstitucionalismo, a partir da leitura de Jeremy Waldrow.

O artigo “Ação civil pública como instrumento de controle difuso de constitucionalidade na jurisdição constitucional brasileira”, também de autoria de Luiz Nunes Pegoraro, desta vez em coautoria com Maria Clara Marcondes Chacon Pompolini e Ana Carolina Falqueiro de Souza, que traz uma criteriosa análise do controle difuso de constitucionalidade a partir da Ação Civil Pública.

Lucas Gonçalves da Silva, Reginaldo Felix Nascimento e Hayalla Stephanie Lisboa Marques Santa Rosa, apresentam o seu estudo “Direito fundamental à proteção de dados pessoais: transferência internacional de dados, geopolítica e big data”, destacando a importância de se estabelecer contornos à proteção de dados pessoais nas plataformas digitais de grande alcance, as chamadas “big techs”.

Marcus Aurélio Vale da Silva, Achylles de Brito Costa e Lidiana Costa de Sousa Trovão apresentam o artigo “Atividade de registro e a regularização fundiária urbana como ferramenta para alcançar a dignidade humana”.

“Direito à privacidade e sua proteção na era digital: contexto histórico e pós-modernidade”, escrito por Gustavo Erlo, Aline Ouriques Freire Fernandes e Isabela Factori Dandaro, foi apresentado em seguida, que retoma a temática da proteção de dados pessoais na era digital.

Em seguida, Isabela Factori Dandaro e Dhyane Cristina Oro e Plínio Antônio Britto Gentil apresentaram o estudo “Direitos de terceira dimensão: o ECA, as medidas socioeducativas e a indiferença à finalidade”. Importante reflexão sobre os direitos fundamentais na vertente das vulnerabilidades;

Não foi esquecida no que tange aos direitos fundamentais, a questão do combate à homofobia e transfobia no artigo “A Subcidadania LGBTQT+ nos desastres ambientais e a força integrativa da exclusão”, de Gabriel Dil e Bernardo Leandro Carvalho Costa.

Camilla Ellen Aragão Costa, Reginaldo Feliz Nascimento e Karla Thais Nascimento Santana apresentam o estudo “O sujeito industrial de Franz Kafka ao sujeito contemporâneo: novas tecnologias, direitos fundamentais e autoritarismo na nova formação econômico-social”.

Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho e Arianne Campos Souza apresentam seu estudo “O Ministério Público na cultura jurídica brasileira”; e novamente Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho e Arianne Campos Souza agora com o artigo “A atuação extrajudicial do

Ministério Público: uma análise dos termos de ajustamento de conduta”. Duas interessantes abordagens sobre o papel constitucional do Ministério Público a partir da Constituição de 1988;

“Exu: uma análise da demonização e criminalização dos elementos da cultura negra”, artigo de Hayalla Setphanie Lisboa Marques Santa Rosa, Renan Gonçalves Silva e Karla Thais Nascimento Santana, essencial estudo de combate ao racismo religioso, jogando luz ao tema da discriminação e do preconceito contra as religiões de matriz africana no Brasil.

Lidiana Costa de Sousa Trovão, Lucas Lucena Oliveira, Igor Marcellus Araújo Rosa, apresentaram o estudo intitulado “Juiz de garantias, proteção constitucional e a condução equilibrada do processo”. Tratando da recente alteração no papel da instrução criminal e da jurisdição penal no Brasil.

Vanessa de Souza Oliveira, Juliana de Almeida Salvador e Camila Rarek Ariozo apresentaram o estudo “Os efeitos decorrentes da aceitação do terror e da disseminação de informações falsas sobre o sistema democrático” e ainda as mesmas autoras, Vanessa de Souza Oliveira e Juliana de Almeida Salvador, em sequência, apresentam seu o artigo denominado “Os processos administrativos previdenciários eivados de motivação-correspondência com a modernidade fluida de Bauman”.

Seguindo, Anderson Adriano Gonzaga e Gabriel Dias Marques da Cruz nos trazem o resultado da sua pesquisa “Uma análise do presidencialismo no Brasil: funcionamento e proteção como cláusula pétreia segundo a Constituição de 1988”.

Gabriel Dias Marques da Cruz assina o artigo “Vacinação compulsória e o Supremo Tribunal Federal”.

Por fim, foi apresentado o estudo intitulado “A laicidade estatal como categoria estrutural do Estado Democrático brasileiro: a questão da leitura da Bíblia Sagrada em ambientes do poder público”, escrito por Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais, Pablo Augusto Gomes Mello e Bárbara Campolina Paulino.

Como visto a coletânea tem uma riqueza de assuntos que estão na ordem do dia nas discussões do direito constitucional. Seja nos Tribunais e em especial, no STF, seja na academia, seja no Poder Legislativo e mesmo na sociedade brasileira. Convidamos todos à uma excelente leitura.

1- Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho É professora adjunta DE da Universidade Federal de Goiás, Regional Cidade de Goiás. Pós-Doutora na área de Direito Constitucional Comparado, pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU (Bolsista PNPd/CAPES). Doutora em Ciudadania y Derechos Humanos pela Universidad de Barcelona - UB, mestre em Filosofia Política pela Universidade Federal de Goiás - UFG. Se graduou em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MINAS. Advogada OAB/GO: 31.202.

2- Marcelo Antonio Theodoro. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Professor Associado da Faculdade de Direito e Coordenador do Curso de Pós Graduação Strictu Sensu da Universidade Federal do Mato Grosso - Brasil (UFMT). Fundador e membro da Academia Matogrossense de Direito (AMD). Líder do Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional e Hermenêutica (GConst).

3-Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais Membro permanente do Grupo Internacional de Pesquisa em Cultura, História e Estado (GIRCHE) da Universitat de Barcelona- UB. Membro do Grupo de Estudos de Sociologia Fiscal - GESF/UFG. Membro do Grupo de Pesquisa Processo Fraternal e Direito do Agronegócio da UniRV. Membro permanente do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados (LAECC), junto ao CNPq. Mestre e Doutor em Teoria do Direito. Especialista em Ciências Criminais. Especialista em Direito Eleitoral. Especialista em Direito Público. Coordenador e professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Itaúna – Professor da Faculdade de Pará de Minas.

# **A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

## **PUBLIC CIVIL ACTION AS AN INSTRUMENT OF DIFFUSE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL JURISDICTION**

**Maria Clara Marcondes Chacon Pompolini**

**Ana Carolina Falqueiro de Souza**

**Luiz Nunes Pegoraro**

### **Resumo**

O presente artigo visa a abordar a possibilidade do uso da ação civil pública na defesa dos direitos e interesses transindividuais, como via concreta do controle difuso de constitucionalidade. Buscou-se a partir de um método de abordagem dedutivo esmiuçar a temática, perpassando desde as questões históricas até a atualidade, através do levantamento bibliográfico e jurisprudencial. Traçou-se breves considerações sobre a equivalência e diferenças entre o controle concentrado e o controle difuso de constitucionalidade, bem como acerca da ação civil pública e da ação direta de inconstitucionalidade. Nesse cenário, o estudo tem como objetivo geral contribuir para um melhor esclarecimento sobre as teses divergentes existentes acerca da temática. Como parte das conclusões, observa-se que o controle difuso exercido em qualquer grau de jurisdição atua como meio essencial à efetividade da prestação jurisdicional. Em sede de ação civil pública, a declaração de inconstitucionalidade é proveniente de questão incidental prejudicial ao mérito, cuja eficácia, ainda que dotada de efeito erga omnes, incidirá apenas às partes da demanda.

**Palavras-chave:** Ação civil pública, Ação direta de inconstitucionalidade, Controle de constitucionalidade, Processo constitucional, Interesses individuais homogêneos

### **Abstract/Resumen/Résumé**

This article aims to address the possibility of using public civil action in the defense of transindividual rights and interests, as a concrete way of the diffuse control of constitutionality. A deductive method of approach was sought to scrutinize the theme, going from historical issues to the present, through bibliographical and jurisprudential survey. Brief considerations were outlined on the equivalence and differences between concentrated control and diffuse control of constitutionality, as well as on public civil action and direct action of unconstitutionality. In this scenario, the general objective of the study is to contribute to a better understanding of the existing divergent theses on the subject. As part of the conclusions, it is observed that the diffuse control exercised in any degree of jurisdiction acts as an essential means to the effectiveness of the jurisdictional provision. In the case of a public civil action, the declaration of unconstitutionality comes from an incidental matter that is detrimental to the merits, the effectiveness of which, although endowed with erga omnes effect, will affect only the parties to the claim.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Public civil action, Direct action of unconstitutionality, Control of constitutionality, Procedural law, Homogeneous individual interests

## 1. INTRODUÇÃO

A proposta do artigo é de disponibilizar de forma clara e objetiva uma contribuição teórica à análise do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro sob o viés da tutela coletiva. Nesse enquadramento, faz-se pertinente perguntar: seria possível, por meio dos juízes singulares e ditos Tribunais inferiores, a realização do controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública? Para que se obtenha a resposta, recorre-se ao caminho de compreender como se dá o controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico; os sistemas de controle de constitucionalidade existentes na legislação brasileira; e as diferenças entre a ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade, analisando tanto seus legitimados como os efeitos de suas decisões.

No desenvolvimento dessas questões, estabeleceu-se que o sistema adotado para controle de constitucionalidade no Brasil é misto ou híbrido, assim, a Constituição prevê tanto o controle concentrado, idealizado por Hans Kelsen, como a via do controle difuso. Entretanto, o sistema de controle difuso assume particular importância no ordenamento brasileiro, uma vez que é dotado de maior acessibilidade, conferindo flexibilidade e acesso ao jurisdicionado à avaliação, *incidenter tantum*, da constitucionalidade de norma à luz do caso concreto. À vista disso, o controle difuso de constitucionalidade tem como um dos efeitos a eficácia *erga omnes*, que também é conferida em sede de ação civil pública, na qual os efeitos da coisa julgada podem ser *erga omnes* ou *ultra partes* quando tratarem de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, nos termos do artigo 103 do CDC.

Para o debate a que se propõe o trabalho é importante ressaltar que o ponto divergente entre a ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade, em suma, materializa-se pela análise da finalidade distinta que possuem, entretanto, em ambas é possível exercer controle de constitucionalidade, porém, de formas diversas. Verifica-se que os dois instrumentos processuais possuem sujeitos e objetivos específicos que, em sua essência, não se confundem. Contudo, em se tratando de controle constitucional pela via difusa suscitado em ações coletivas, especificamente em ações civis públicas, surgem divergências acerca de sua efetividade e efeitos.

Outro ponto que se mostra diverso entre a ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade, em síntese, é a legitimidade ativa dos agentes que poderão propor ação. Deste modo, os legitimados ativos da ação civil pública estão descritos no artigo 5º,

da lei 7.347, ingressando em juízo com o escopo de proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente, o consumidor, ou quaisquer interesses difusos ou coletivos. E os legitimados para ingressar com a ação direta de inconstitucionalidade estão elencados no artigo 103, da Constituição Federal.

O artigo divide-se em três partes. Inicialmente, por meio da pesquisa teórica e bibliográfica, discute-se o conceito e efeitos do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico. No segundo momento, analisa-se o conceito de direitos difusos e coletivos defendidos no microssistema de ações coletivas, em especial na ação civil pública, além de traçar os pontos convergentes e divergentes entre a referida ação coletiva e as ações concentradas. Ao final, com base em pesquisa bibliográfica, constituir-se-á de um levantamento sistematizado de doutrinas, livros, dissertações e acórdãos os argumentos contrários e favoráveis à utilização do controle difuso em sede de ação civil pública.

Infere-se, portanto, que no quadro normativo atual, há divergência doutrinária e jurisprudencial quanto a possibilidade do controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública, pois, caso fosse aceito, seria teoricamente usurpada a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal pelo juiz singular em declarar a inconstitucionalidade de uma lei, confundindo-se com o objeto das ações abstratas. Entretanto, o controle *incidenter tantum* não é exclusivo das ações individuais, podendo ser utilizado para tutelar direitos coletivos por meio de ação civil pública, vez que os efeitos decorrentes de tal decisão, ainda que dotados de efeito *erga omnes*, continuam vinculados ao caso concreto, distinguindo-se com a declaração proferida em ação direta de inconstitucionalidade.

## **2. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

O controle de constitucionalidade tem a função de tutela e atuação judicial dos preceitos da suprema lei constitucional, visando garantir a permanência da ordem e da segurança jurídica. Caracteriza-se como forma de instrumento jurídico a fim de resolver a diversidade de situações concretas enfrentadas pelo judiciário, necessitando da imposição de um limite ao próprio legislador, e de torná-lo efetivo através de um controle judicial. Nada mais é que a outorga realizada pela Constituição a um ente estatal da tarefa de verificar a regularidade das leis e dos atos normativos, dessa forma, a aferição da

compatibilidade dos atos administrativos e legais é atribuição conferida à jurisdição constitucional.

Consoante João Bosco Marcial de Castro:

O controle de constitucionalidade se baseia no dogma do princípio da hierarquia das leis e o texto Constitucional se apresenta como ápice nesta hierarquia, como fundamento de validade dos atos emanados do estado, quer provenham eles do Poder Executivo, do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário. Pela via do controle de constitucionalidade busca-se, de modo imediato, a preservação dos princípios fundamentais e, de modo mediato, o sistema representa o elemento de interação e unidade da sociedade em torno da Constituição (CASTRO, 2012).

O controle de constitucionalidade no Brasil, em via de regra, é exercido pelos órgãos do poder judiciário, cabendo a eles a palavra final acerca da interpretação da Constituição. Os demais Poderes da República têm competência para fiscalizar a adequação de projetos de lei e atos normativos de modo preventivo e no *inter* de justificação da edição desses. Assim, como exceção, a Carta Magna prevê hipóteses em que outros poderes desempenhem papel relevante quanto à fiscalização da inconstitucionalidade, tanto em caráter repressivo como preventivo; como no caso do poder de veto previsto no artigo 66, §1º, realizado pelo Poder Executivo e a sustação de ato normativo do executivo conferido ao Poder Legislativo segundo expõe o artigo 49, V, da Constituição Federal.

A declaração de inconstitucionalidade realizada pelo Judiciário de uma norma, em virtude da incompatibilidade das disposições nela contidas com a Constituição, não a retira do mundo dos fatos. Segundo Alfredo Buzaid (1958, p. 88), "o Judiciário não tem o poder de revogar as leis como se fosse um super legislativo de legalidade; antes, verificando a inconstitucionalidade, deixa de aplicá-las no caso concreto".

Ainda no campo dos efeitos da inconstitucionalidade, esta não é vista como uma declaração de nulidade do ato inconstitucional, mas sim como uma sanção, que se resolve com a anulação da lei inconstitucional, sua retirada do ordenamento jurídico, com efeitos prospectivos (eficácia *ex nunc*) e gerais (eficácia *erga omnes*) (KELSEN, 1987).

Assim prevê Francisco Campos:

[...] um ato ou uma lei inconstitucional é um ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei apenas aparente, pois que, de fato ou na realidade, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o direito como se nunca houvesse existido (CAMPOS, 1942).

O que se propõe no controle de constitucionalidade é a ordem jurídica comprometida, não por fatos, mas por atos legislativos destoantes das normas fundamentais. Em consequência, segundo Ronaldo Poletti (1995, p. 127), nas declarações de inconstitucionalidade, há a retirada da eficácia fática: a lei continua a existir formalmente (vigência normativa), mas, porque não se compatibiliza com a Constituição (ausência de fundamento axiológico), deixa de produzir efeitos, por força de uma repercussão social (eficácia fática).

Rui Barbosa, considerando os efeitos da decisão de inconstitucionalidade na via de defesa ou exceção, afirma:

Os tribunais só revogam sentenças de tribunais, o que eles fazem aos atos inconstitucionais de outros poderes é coisa tecnicamente diversa, não os revogam, desconhecem-nos. Deixam-nos subsistir no corpo das leis, ou dos atos do Executivo; mas a cada indivíduo por eles agravado, que vem requerer contra eles proteção ou reparação, que demanda a manutenção do direito ameaçado, ou a restituição de um direito extorquido, a cada litigante que usa, com esse fim, do meio judicial, os magistrados em homenagem à lei violada pelo governo, ou à Constituição violada pelo Congresso, têm a obrigação de ouvir e deferir (BARBOSA, 1958).

Isto posto, e considerando estar bem caracterizado os breves apontamentos acerca do controle de constitucionalidade, devemos passar à consideração dos modelos jurisdicionais de revisão constitucional, isto é, modelo difuso ou sistema americano e controle concentrado, ou sistema austríaco.

## **2.1 EXERCÍCIO DO CONTROLE DIFUSO E CONCENTRADO NO BRASIL**

A figura do controle difuso surge no Brasil com a Constituição Republicana de 1891, em seu artigo 59. Somente a partir do final dos anos oitenta, sobretudo em razão da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (“CRFB/88”), o país passou a adotar o sistema misto ou híbrido de controle constitucional, que contempla os instrumentos de controle difuso e concentrado.

O sistema concentrado define a competência para julgar acerca da constitucionalidade das leis reservada a um único órgão, com exclusão de quaisquer outros. Este tipo comporta uma grande variedade de subtipos: o órgão competente para a fiscalização como sendo órgão da jurisdição ordinária ou um órgão especializado. Desse modo, o sistema austríaco é realizado por meio de ações próprias, as quais acionam o órgão de cúpula do Poder Judiciário. No Brasil essa função compete ao Supremo Tribunal

Federal, a fim de solucionar e declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo em tese.

A concepção kelseniana do controle concentrado de constitucionalidade diverge substancialmente da *judicial review* americana: o controle constitucional não é propriamente uma fiscalização judicial, mas uma função constitucional autônoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa. No juízo acerca da compatibilidade ou incompatibilidade de uma lei ou norma com a constituição não se discutiria qualquer caso concreto (reservado à apreciação do tribunal *a quo*) nem se desenvolveria uma atividade judicial (CANOTILHO, 2003).

Atualmente, o controle concentrado de constitucionalidade é exercido estritamente pelo Supremo Tribunal Federal, sendo executados por meio de ação própria que procura debater a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de uma norma, sem embargo da existência de um interesse jurídico específico ligado a uma situação concreta. Portanto, trata-se de um processo objetivo, no sentido processual, no qual não há partes, com a finalidade de adequar a legislação infraconstitucional à Carta Maior, assim, assegurando a supremacia do texto constitucional.

Logo, podemos elencar brevemente os atos que podem ser objeto de controle concentrado por meio de ação direta de inconstitucionalidade, que são: emendas constitucionais quando não observado o regramento do art. 60, da Constituição Federal; leis complementares e leis ordinárias; leis delegadas quando legislam sobre tema não autorizado pela Constituição Federal ou quando extrapolam os limites da Resolução do Congresso Nacional; medidas provisórias; decretos legislativos; decretos autônomos, constantes do art. 84, VI, CF/88; tratados e convenções internacionais, independentemente do processo ao qual se submeteram para aprovação, que versem sobre direitos humanos que tenham sido incorporados pelo procedimento ordinário, pelo procedimento especial e mesmo aqueles que versem sobre direitos humanos não incorporados pelo procedimento originário; decretos legislativos que ratificam e decretos presidenciais que promulgam ditos tratados e convenções internacionais; regimentos internos dos Tribunais e Casas Legislativas quando em violação direta à Carta Magna; atos normativos editados por pessoas jurídicas de direito público; e outros atos dotados de força normativa genérica e abstrata, como resoluções e pareceres aprovados pelo Poder Executivo.

Essa declaração de inconstitucionalidade, portanto, é o objeto principal da ação e possuem várias espécies de controle concentrado que podem ser verificados no texto constitucional brasileiro, sendo respectivamente:

- A. ADI — Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (artigo 102, I, a, CF)
- B. ADC — Ação Declaratória de Constitucionalidade (artigo 102, I, a, in fine; EC n° 03/93)
- C. ADPF — Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (artigo 102, §1°)
- D. ADO — Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (artigo 103, § 2°)
- E. ADI Interventiva — Ação direta de inconstitucionalidade interventiva (artigo 36, III, c/c artigo 34, VII).

Em oposição ao controle concentrado, também conhecido por via de exceção ou defesa, o controle difuso, a partir do ponto de vista subjetivo, é a primeira classificação que poderá ser realizada pelo controle de constitucionalidade. Conceituando-se como o poder exercido por todo e qualquer juiz ou tribunal em reconhecer e analisar a inconstitucionalidade de uma norma, ou seja, validando a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal.

Consequentemente, se não houver a aplicação da norma jurídica ao caso concreto, este poderá ser levado ao conhecimento da corte para resolução de tal demanda. "Assim, na modalidade de controle difuso, também chamado sistema americano, todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais ou federais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais nos casos levados a seu julgamento" (BARROSO, 2019, p. 92).

O referido modelo de controle de constitucionalidade americano desenvolveu-se a partir da discussão encetada na Suprema Corte americana em 1803, durante o julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, implementando o princípio da supremacia da Constituição perante todo ordenamento jurídico, assim como a subordinação dos demais poderes às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo judiciário. A sentença redigida pelo seu *Chief Justice* da *Supreme Court* evidencia a necessidade de escolha entre Constituições rígidas e Constituições Flexíveis, isto é, a discussão da preponderância da Constituição sobre os atos legislativos que a violem ou se o poder legislativo pode alterá-la através de leis ordinárias. A tese firmada apresentou uma

inovação jurisprudencial, na qual proclamou-se a supremacia da carta magna sobre as demais normas, assegurando aos órgãos jurisdicionais o poder-dever de afastar a aplicação de normas se a considerarem incompatíveis com a ordem constitucional.

Ademais, é importante salientar que o controle de forma difusa não determina a anulação da lei que foi considerada inconstitucional, nem gera efeitos *erga omnes*, pois é somente aplicada a inconstitucionalidade ao caso concreto, diferentemente do controle concentrado. Aqui, a inconstitucionalidade não é declarada por ser objeto principal da demanda, e sim incidentalmente, como meio ou caminho necessário a fim de se alcançar uma pretensão diversa. À vista do exposto, os efeitos da decisão afetarão apenas as partes envolvidas na demanda, isto é, *inter partes*, permanecendo o ato ou lei válidos no que se refere à sua força obrigatória perante terceiros (MORAES, 2018).

Infere-se, portanto, que nos modelos mistos competem aos órgãos ordinários do Poder Judiciário o poder-dever de afastar a aplicação da lei inconstitucional nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula - Tribunal Supremo ou Corte Constitucional - a competência para decidirem em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado. O modelo brasileiro se conjuga o tradicional modelo difuso, adotado desde a República, com as ações diretas de inconstitucionalidade de competência do Supremo Tribunal Federal, que serão objeto de discussão para o próximo tópico.

### **3. DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ACP) E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI).**

Precedentemente, o direito pátrio era dividido em público e estatal ou em privado e particular. Entretanto, esses dois conceitos não associavam, sendo inaceitável uma combinação entre eles. Contudo, essa forma de organização jurídica logo se demonstrou ineficaz, devido a tendência da natureza humana à vida coletiva, assim, fazendo surgir de forma espontânea os interesses coletivos e a necessidade de sua proteção.

Dessa forma, com o desenvolvimento da sociedade e a intensificação das demandas judiciais litigiosas, foi nascendo a necessidade de instituir novas formas no direito processual brasileiro, visto que as regras que regem o processo civil individual não se mostravam suficientes para efetiva proteção dos direitos transindividuais.

Então, apenas em 1974, com a inovadora tese de Mauro Capelleti, iniciou-se um o processo de desmistificação da dicotomia entre o processo público e privado, promovendo o aparecimento de um novo instrumento intermediário, que seria capaz de

enfrentar as particularidades de um procedimento coletivo, assim, denominada como ação civil pública, responsável pelo nascimento de uma regulamentação sistematizada e garantidora da proteção jurisdicional desses direitos.

A ação civil pública é o instrumento processual de defesa dos chamados interesses difusos e coletivos, que visa o exercício de controle popular sobre os atos dos poderes públicos, requerendo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio público por ato de improbidade, quanto a aplicação das sanções previstas no artigo 37, parágrafo 4.º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta. Podendo ter por objeto a condenação ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Dessa forma, observando-se as leis que versam acerca do microsistema coletivo, a ação civil pública foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), e tem previsão constitucional no artigo 129, III, que a insere entre as funções institucionais do Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Apesar de não estar prevista como remédio constitucional no texto legal, é considerada pelos doutrinadores como uma garantia constitucional, uma vez que tem como escopo a proteção de direitos e interesses transindividuais.

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor serve como complemento importante para o presente da ação coletiva, visto que prevê as espécies de interesses transindividuais tutelados em sede de ação civil pública no artigo 81, parágrafo único, I, II e III, que assim dispõe:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

É equivocado entender que ação coletiva, como no caso da ação civil pública, somente seja possível discutir apenas uma espécie de direito transindividual, por não raro

serem abordadas mais de uma espécie. Dessa forma, para melhor entendimento do tema, devemos nos aprofundar no estudo da natureza dos interesses que a ação civil pública visa tutelar, especialmente os difusos e coletivos.

Assim, os interesses defendidos em sede de ação civil pública, especialmente os difusos e coletivos *stricto sensu*, resultam em uma decisão que terá efeito *erga omnes*, ou seja, terá validade em relação a todos os que se encontram na situação jurídica reconhecida na sentença. Esse efeito, quando unido a uma questão incidental de inconstitucionalidade, atinge outro patamar de complexidade, que se dá pelo julgamento com base no controle difuso de constitucionalidade e sua sentença terá, ou poderá ter, efeito *erga omnes*.

Importante observar que os interesses transindividuais ou metaindividuais são interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas, ou interesses de indivíduos, mas que não atingem toda a sociedade e é diante desta realidade que se viu a necessidade da defesa desses interesses por meio das ações coletivas. Pode-se dizer que os citados direitos transindividuais ou, ainda, metaindividuais, são utilizados para conceituar uma categoria de interesses dos quais abarcam o interesse particular e público. Assim, os direitos transindividuais constituem gênero e os interesses difusos coletivos e individuais homogêneos são espécies.

Definido o âmbito de alcance dos interesses transindividuais, leciona Marcus Vinícius (GONÇALVES, 2012) que os interesses transindividuais ou metaindividuais também chamados de interesses coletivos em sentido amplo, trata-se de uma nova categoria que não faz parte do interesse público e nem privado, pelo simples fato de que não pode ser público porque o Estado não configura como titular, e não pode ser privado porque não é de interesse de apenas um particular ou indivíduo, mas interesse de grupos ou categorias de lesados.

Ademais, vale ressaltar o conceito de interesses individuais homogêneos apresentado por Hugo Mazzilli:

Interesses individuais homogêneos são aqueles que têm origem comum e são compartilhados por pessoas que se encontram unidas pela mesma situação de fato. São divisíveis, ou seja, quantificáveis em face dos titulares, como os consumidores que compram produto fabricado em série com o mesmo defeito (MAZZILLI, 2015).

A definição de direitos difusos está prevista no artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor, sendo que este é uma espécie de direito coletivo que se caracteriza por

ser de natureza indivisível e com titulares indeterminados, ou seja, o bem jurídico não é passível de divisão entre os titulares, não podendo ser identificados, pois o bem pertence a toda coletividade de forma indivisível. Todavia, nas referidas situações não há como se definir quem será de fato o titular do direito.

Segundo Hugo Nigro Mazzilli:

Embora o CDC se refira a ser uma situação fática o elo comum entre os lesados que compartilhem o mesmo interesse difuso, é evidente que essa relação fática também se subordina a uma relação jurídica (como, de resto, ocorre com quaisquer relações fáticas e jurídicas); entretanto, no caso dos interesses difusos, a lesão ao grupo não decorrerá diretamente da relação jurídica em si, mas sim da situação fática resultante (MAZZILLI, 2015).

No entendimento do citado jurista os direitos difusos são subdivididos em grupos: a) os tão abrangentes, que colidem com o interesse público; b) menos abrangentes que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo disperso, porém, não chegam a confundir-se com o interesse geral da coletividade; c) em conflito com o interesse da coletividade como um todo; d) em conflito com o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica; e) atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si.

Assim como os direitos difusos, os direitos coletivos em sentido estrito são marcados pelas características da transindividualidade e da indivisibilidade, porém, altera-se o titular a quem o direito é atribuído. Entretanto, há uma diferença entre os interesses coletivos e difusos, sendo que o primeiro é de natureza transindividual e indivisível, pertencentes a pessoas indeterminadas, porém, determináveis, unidas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Como visto, fundamentam-se em uma esfera concreta e determinada, pois seus titulares são sujeitos públicos ou privados, como é o caso das associações, sindicatos, entidades profissionais, dentre outros. Já os interesses coletivos abrangem grupos, classes ou categorias de pessoas, ligadas não apenas por circunstâncias fáticas, mas pela identidade de relação jurídica básica.

Ainda em relação ao tema, os interesses coletivos amparam um grupo determinado de pessoas que estejam ligadas por algum vínculo jurídico e que por isto, atinge uma parcela identificável da sociedade, pois são determináveis quanto a um grupo ou categoria.

Assim, podemos reforçar o conceito de interesse coletivo descrito por Mazzilli:

Interesses coletivos são aqueles em torno dos quais está reunido um conjunto determinável de pessoas (grupo, categoria ou classe) ligadas de forma

indivisível pela mesma relação jurídica básica, como, por exemplo, os integrantes de um consórcio, em matéria relativa à validade ou invalidade da relação jurídica que os une (em si mesma, a ilegalidade de uma cláusula contratual é interesse compartilhado por todos os consorciados em igual medida, não podendo ser quantificada na proporção de cada um deles) (MAZZILLI, 2015).

Os interesses só serão verdadeiramente difusos se, além de terem objeto indivisível, for impossível identificar as pessoas ligadas pelo mesmo laço fático ou jurídico (como os destinatários de propaganda enganosa, veiculada pela televisão, ou as pessoas lesadas por uma degradação ambiental em toda uma região do País). Na ação direta de inconstitucionalidade, de lei ou ato normativo, também conhecida como ação genérica, por sua vez, os legitimados ativos provocam diretamente o exercício da jurisdição constitucional, porém, diferentemente das ações coletivas, não há pretensões individuais nem tutela de direitos subjetivos no controle de constitucionalidade por via principal. O processo tem natureza objetiva, e só sob o aspecto formal é possível referir-se à existência de partes. Por via de ação direta de constitucionalidade não se busca a tutela de um direito subjetivo, mas sim a defesa da ordem constitucional objetiva, isto é, a defesa dos interesses genéricos de toda sociedade.

Segundo Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade não é a defesa de um direito subjetivo, ou seja, de um interesse juridicamente protegido lesado ou na iminência de sê-lo. Ao contrário, a ação direta de constitucionalidade presta-se para a defesa da Constituição. A coerência da ordem constitucional, e não a defesa de situações subjetivas, consubstancia a finalidade da apontada ação. Por isso consiste em instrumento da fiscalização abstrata de normas, inaugurando 'processo objetivo' de defesa da Constituição. (FERRARI, 2004).

Os atos impugnados mediante Ação Direta de Inconstitucionalidade são a lei e o ato normativo federal ou estadual, como elencados no artigo 102, I, a Constituição Federal, sendo que a decisão proferida na ADI, destina-se à produção de efeitos próprios. Ademais, a doutrina costuma referir-se a eles, após a edição da Lei 9.868/99, como sendo, em regra, retroativos, gerais, repristinatórios e vinculantes.

Caso seja reconhecida a inconstitucionalidade da norma, a decisão do STF declarará que a norma é nula de pleno direito, assim, situando-se no plano da validade do ato jurídico, caracteriza a sanção pela invalidade da norma. Consequentemente, a lei ou ato normativo nulo não pode ser paralisada, pois a nulidade e ineficácia, são consequências que, em regra, resultarão da declaração de inconstitucionalidade. Quando

é proferida a inconstitucionalidade de uma lei pelo STF, essa decisão terá eficácia para o passado ou *ex tunc*, ou seja, entende-se que irá retroagir até o momento da edição da lei. Além disso, afirma-se, nesse sentido, que a decisão não possui natureza desconstitutiva, mas sim declaratória, pois reconhece a nulidade da lei.

Verifica-se, então, que ambas as ações citadas anteriormente possuem finalidades diversas, mas em ambas é possível exercer o controle de constitucionalidade, porém, de formas diversas. Desse modo, na Ação Civil Pública cabe o controle difuso e na Ação Direta de Inconstitucionalidade o controle concentrado, e em razão do caráter *erga omnes* da sentença na ação coletiva, há uma certa incompreensão decorrente de duas ordens: (i) o tratado da Ação Civil Pública como ação típica de processo civil; e (ii) sobre a natureza jurídica da decisão que julga a inconstitucionalidade em uma e outra ação.

### **3.1 LEGITIMIDADE ATIVA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ACP) E DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI)**

Primeiramente, é importante destacar que houve uma radical mudança operada pela Carta de 1988 em nosso modelo de controle concentrado de constitucionalidade. No entanto, pode-se dizer que atualmente possuímos um sistema de defesa da Constituição completo e bem estruturado, pois a partir dessa inovação, rompeu-se a tradição restritiva do acesso aos mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade, descartando o modelo fechado.

A Constituição, em seu artigo 103, ampliou o rol dos agentes que possuem a legitimidade ativa para tomarem essa iniciativa, incluindo, os seguintes agentes igualmente habilitados a instaurar o contencioso de constitucionalidade: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Ademais, em relação a referida questão, foi contemplada pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes:

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para a propositura da ação direta de constitucionalidade (artigo 103), permitindo que muitas

controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. Portanto, parece quase intuitivo que, por essa forma, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade processual do modelo abstrato, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado. (MENDES, 2018).

Diferentemente, a ação civil pública é aquela proposta pelos legitimados de que trata o artigo 5º, da Lei n. 7.347/85, ou seja, o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; a associação que, concomitantemente: esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil e que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

É válido ressaltar que se a ação for promovida pelo Ministério Público será denominada ação civil pública, já se o legitimado ativo forem associações civis, segundo o entendimento de Hugo Mazzilli, mais correto é denominá-la de ação coletiva.

### **3.2 OS EFEITOS DA DECISÃO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA (EM FACE AO EFEITO *ERGA OMNES*) E NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Como dito anteriormente, a declaração de inconstitucionalidade é efetuada através do Judiciário, que pode prestá-la de modo difuso, por qualquer juiz ou tribunal; ou exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, por via do sistema concentrado nos casos de ação direta de inconstitucionalidade. Ainda, é válido ressaltar que somente é permitido no ordenamento brasileiro o controle por via de defesa ou exceção quando declarada a inconstitucionalidade *incidenter tantum* em processo regular, produzindo efeitos *inter partes*.

A Constituição Federal prevê expressamente no artigo 102, § 2º, o efeito *erga omnes* nas decisões definitivas de mérito que são proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de

constitucionalidade, que por conseguinte, produzem eficácia contra todos e efeito vinculante.

Ademais, vale destacar que um dos pontos de contato entre a ação civil pública e a ação direta de constitucionalidade se verifica sobre os efeitos da eficácia *erga omnes* em decisões judiciais proferidas. Assim, há a possibilidade de utilizar a inconstitucionalidade de uma lei em ação civil pública no fundamento do pedido, porém, é importante que vise os interesses transindividuais. O que a diferencia da ação direta de inconstitucionalidade, pois esta tem a função de atacar a lei em tese, as normas abstratas e que interessam a toda sociedade.

Nesse sentido, Gilmar Mendes (1999, p. 355) se posicionou contra a utilização do referido mecanismo como via de controle difuso de constitucionalidade, já que outorgaria à jurisdição originária de primeiro grau poderes que não são admitidos nem para nossa Corte Constitucional, uma vez que a decisão sobre a constitucionalidade da lei proferida pelo Supremo Tribunal Federal no caso concreto só tem eficácia *inter partes*. Assim, é evidente que impugnação direta da lei não poderá ser objeto da ação civil pública.

Apesar disso, na ação civil pública se tem o efeito *erga omnes* desde que o objeto seja a tutela de direitos transindividuais. Mas não podendo ter a supressão de todos os efeitos *erga omnes* de uma lei verdadeira e própria em todo território nacional, pois isto, é de competência do Supremo Tribunal Federal, que declarará a inconstitucionalidade por meio da ação indireta de inconstitucionalidade.

Os limites da competência do órgão prolator da sentença foi inicialmente tratada no artigo 16 da Lei 7.347: “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, 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”. Todavia, em 1997, o Congresso Nacional aprovou a medida provisória nº 1.570-5, que alterou de forma infeliz a redação do artigo 16 da lei 7.347, pois a atual redação causa uma certa ambiguidade, devido ao perímetro territorial que a eficácia *erga omnes* exerceria, sendo que poderia ser interpretada de forma que só iria valer no território no qual a comarca decidiu ou em todo território nacional.

Destarte, a redação originária desse artigo trazia que a sentença de procedência produzirá efeitos *erga omnes* em favor ao grupo classe ou categoria de lesados. Entretanto, a modificação foi feita para que impedisse que a sentença em ação civil

pública tivesse imutabilidade em todo território nacional, e que deveria ter de atingir somente os limites da competência territorial do órgão prolator. O que o poder judiciário decide é a vontade do Estado dentro daquela questão concreta, por isso a decisão é imutável em todo território nacional. Embora haja um parentesco entre a ação civil pública e ação de inconstitucionalidade das leis, na primeira é feito o controle difuso, declarando-se a inconstitucionalidade *incidenter tantum*, enquanto na segunda é feito o controle concentrado e com efeito *erga omnes*.

No que tange aos efeitos da decisão, que na ação civil pública eles atingem um universo maior do que os de uma mera relação *inter partes*, há doutrinadores que entendem que não é possível aceitar que a ação civil pública possa ser usada como sucedâneo do controle concentrado de constitucionalidade, mesmo porque, em decorrência de sua individualidade, o ato normativo analisado não perde a sua eficácia, o que só acontecerá, em sede de controle difuso, após a atuação do Senado Federal, quando suspender a execução da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Não obstante, em sede de controle concentrado, a lei declarada inconstitucional perde sua eficácia só com a decisão de nossa Corte Constitucional, o que equivale dizer que não pode mais ser aplicada.

Nesse contexto, a compatibilização dessas premissas pode ser vista com a possibilidade de examinar a constitucionalidade em sede de questão prejudicial, em típico controle difuso, sem que se confunda com o pedido final formulado na ação civil pública.

Na parte relevante para o tema aqui versado, a decisão foi assim ementada:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. CONFUSÃO COM O PEDIDO PRINCIPAL. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO ALINHADA À JURISPRUDÊNCIA DO STF. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de se admitir o controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública, desde que a alegação de inconstitucionalidade não se confunda com o pedido principal da causa. Precedentes. (RE 595213 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 01/12/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-291 DIVULG 15-12-2017 PUBLIC 18-12-2017) (STF; RE 595213; Primeira Turma; Rel. Min. Roberto Barroso. DJe 18/12/2017.).

Na análise do relator Roberto Barroso, conclui, *in verbis*:

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de admitir o controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública desde que a alegação de inconstitucionalidade não se confunda com o pedido principal da

causa. Nesse sentido, confira-se a ementa da Rcl 8605-AgR, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio e julgada pelo Tribunal Pleno: sentido de admitir o controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública desde que a alegação de inconstitucionalidade não se confunda com o pedido principal da causa. Nesse sentido, confira-se a ementa da Rcl 8605-AgR, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio e julgada pelo Tribunal Pleno: “CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – IMPLEMENTO E ESPÉCIES. Descabe confundir o controle concentrado de constitucionalidade com o difuso, podendo este último ser implementado por qualquer Juízo nos processos em geral, inclusive coletivo, como é a ação civil pública – precedentes: Recursos Extraordinários nº 424.993/DF, relator ministro Joaquim Barbosa, e 511.961/SP, relator ministro Gilmar Mendes, acórdãos publicados, respectivamente, no Diário da Justiça eletrônico de 19 de outubro de 2007 e 13 de novembro de 2009”. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – IMPLEMENTO E ESPÉCIES. Descabe confundir o controle concentrado de constitucionalidade com o difuso, podendo este último ser implementado por qualquer Juízo nos processos em geral, inclusive coletivo, como é a ação civil pública – precedentes: Recursos Extraordinários nº 424.993/DF, relator ministro Joaquim Barbosa, e 511.961/SP, relator ministro Gilmar Mendes, acórdãos publicados, respectivamente, no Diário da Justiça eletrônico de 19 de outubro de 2007 e 13 de novembro de 2009 (STF; RE 595213; Primeira Turma; Rel. Min. Roberto Barroso. DJe 18/12/2017).

No quadro normativo atual, os argumentos contrários na doutrina e jurisprudência fundamentam que não seria passível de admissibilidade a utilização da ação cível pública para substituir a ação direta de inconstitucionalidade, em razão de uma suposta usurpação de competência originária do Supremo Tribunal Federal pelo juiz singular em declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Entretanto, a decisão proferida em sede de ação civil pública não se confunde com o das ações concentradas, vez que a ação civil pública possui natureza ampla intrínseca, e sua não admissibilidade resultaria na perda de seu objeto e objetivo principal, isto é, a tutela dos direitos e interesses de determinada coletividade.

À vista dos apontamentos acima transcritos, se tem o efeito *erga omnes* desde que o objeto tutelado seja os direitos transindividuais e nunca poderá ser um pedido de declaração de inconstitucionalidade de uma lei, pois assim terá a supressão de todos os efeitos de uma lei em todo território nacional, que são em regra, de competência do Supremo Tribunal Federal.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Uma derradeira questão controvertida envolvendo o estudo do controle por meio da via difusa de constitucionalidade se relaciona ao denominado “controle de constitucionalidade coletivo”. Nesse sentido, o desenvolvimento da presente pesquisa

possibilitou uma análise da possibilidade do uso da ação civil pública, servindo de instrumento de tutela de direitos coletivos, como via concreta de controle de constitucionalidade. Para tanto, traçou-se um histórico do desenvolvimento das tradições jurídicas *common law* e *civil law*, com especial enfoque na atuação do controle difuso no ordenamento jurídico brasileiro.

Percebeu-se, de todo o exposto, que o controle difuso de constitucionalidade é modalidade de controle repressivo, exercido por todos os magistrados ou tribunais, a fim de se analisar a compatibilidade de uma norma em relação à Constituição Federal. Cuida-se, em verdade, de declaração de inconstitucionalidade para a resolução de uma lide que envolva os jurisdicionados interessados. Diferentemente do que ocorre em sede de controle concentrado, no qual apenas a suprema corte poderá declarar a inconstitucionalidade, se tratando de controle abstrato, tendo a decisão caráter vinculante e definitivo.

A controvérsia que se estende na doutrina se desmembra em duas correntes majoritárias: a primeira apresenta que a ação civil pública não poderá ser adotada como sucedâneo da ação direta de constitucionalidade, em razão da eficácia *erga omnes* da decisão, que estaria, nesse caso, usurpando a competência do Superior Tribunal Federal para a realização de controle de constitucionalidade. Entretanto, como esmiuçado no estudo, tal tese não merece ser acolhida, uma vez que a ação civil pública, ainda que com pedido incidental de declaração de inconstitucionalidade de norma em controle difuso com eficácia *erga omnes*, jamais será sucedâneo de ação direta de constitucionalidade, em razão da eficácia de suas decisões serem distintas.

Por sua vez, a segunda corrente, como pacificado pelo próprio STF, pelo fato de a ação civil pública ter natureza de processo subjetivo, com partes devidamente individualizadas, a decisão prolatada pelo juiz não é dotada de efeito *erga omnes*, mas sim limitada às partes do processo concernente ao caso concreto, ratificando, assim, tal ação como meio idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade. Por fim, debruçando-se sobre o tema, conclui-se, em síntese, que não existe restrição à utilização da ação coletiva como meio de controle de constitucionalidade, desde sua ocorrência se dê em sede do modelo difuso.

## **REFERÊNCIAS**

BARBOSA, Rui. Obras completas de Rui Barbosa: atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo perante a Justiça Federal, Rio de Janeiro: Ministério de Educação e Cultura, 1958.

BARROSO, L. R. O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a Proteção do Consumidor e dá Outras Providências. Brasília, DF.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: AgR RE 595213 PR- PARANÁ. JusBrasil. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/770094413>. Acesso em: 30 de janeiro de 2023.

BUZAID, Alfredo. Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, Edição Saraiva, São Paulo, 1958.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAMPOS, Francisco. Direito Constitucional. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1942.

CARVAS, Felipe. Controle de constitucionalidade em ação civil pública <https://felc13.jusbrasil.com.br/artigos/726515368/control-de-constitucionalidade-em-acao-civil-publica>. Acesso em: 24/01/2023.

CASTRO, João Bosco Marcial de. O controle de constitucionalidade das leis. Núria Fabris, Porto Alegre, 2012.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. Planalto. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 10/01/2023.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Tutela de interesses difusos e coletivos. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos e coletivos em juízo. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; LTDA, I. C. E. P.; LTDA, I. C. E. P.; CANOTILHO, J. J. G.; LEONCY, L. F.; STRECK, L. L. Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional, 13.ed., Saraiva, São Paulo, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional de 1999.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 34. ed., Atlas, São Paulo, 2018.

POLETTI, Ronaldo. Controle da Constitucionalidade das Leis, Editora Forense, 2. ed., Rio de Janeiro, 1995.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução: João Baptista Machado. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1987.

SION, Alexandre Oheb. O Controle Difuso de Constitucionalidade no Sistema Luso-Brasileiro. Disponível em: [O\\_Control\\_Difuso\\_de\\_Constitucionalidade.pdf](#). Acesso em: 08/01/2023.

STF; RE 595213; Primeira Turma; Rel. Min. Roberto Barroso. DJe 18/12/2017.