

ASPECTOS PROCESSUAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: o controle de constitucionalidade em Ação Civil Pública como forma de ativismo judicial

Dandara Christine Alves de Amorim

Maria Goreth da Silva Nogueira

SUMÁRIO: *1 Conceito de controle de constitucionalidade. 2 Sistemas e vias de controle judicial. 2.1 Critério formal: incidental (exceção ou defesa ou concreto) ou principal (abstrata). 2.2 Conclusão quanto aos critérios de classificação. 3 origem, conceito e desenvolvimento histórico-legislativo da ACP no Brasil. 4 Classificações do direito processual civil coletivo. 5 O direito/processo coletivo e a ação civil pública. 6 Controle de constitucionalidade em ação civil pública. 6.1 A ação civil pública e o controle concentrado. 6.2 A ação civil pública e o controle difuso. 6.2.1 Corrente favorável e desfavorável do controle difuso em sede de ação civil pública. 7 Nova forma do exercício do ativismo judicial e da judicialização via ação civil pública em declaração incidental de inconstitucionalidade. 8 Conclusão. Referências.*

RESUMO: O controle de constitucionalidade tem se estabelecido no Direito como um instrumento de concretização de direitos fundamentais materiais e processuais previsto na constituição. Sendo ele (o Controle) intimamente ligado à rigidez constitucional, à supremacia da constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, de proteção dos direitos fundamentais. Por isso, tal matéria também é correlata ao âmbito do processo coletivo e subsequentemente as ações coletivas na tutela dos interesses e direitos coletivos. A ação coletiva a ser estudada nesse artigo será especificamente a Ação Civil Pública (Lei n.). Desse modo, tratará especificamente acerca da controvérsia da realização do Controle de Constitucionalidade na Ação Civil Pública, no qual irrompe-se o fato da possibilidade de a Ação Civil Pública encarregar-se do controle de constitucionalidade e isso significar uma forma de ativismo judicial e judicialização. A análise fará uso dos métodos dedutivo e dogmático e do procedimento metodológico bibliográfico.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo. Ação Civil Pública. Constitucionalidade. Controle. Difuso. Judicial. Judicialização.

ABSTRACT: The constitutionality control has been established in the Law as an instrument for the realization of fundamental material and procedural rights foreseen in the constitution. Being (Control) closely linked to constitutional rigidity, to the supremacy of the constitution over the entire legal order and also to the protection of fundamental rights. Therefore, this matter is also correlated to the scope of the collective process and subsequently collective actions in the protection of interests and collective rights. The collective action to be studied in this article will be specifically the Public Civil Action (Law n.). In this way, it will deal specifically with the controversy of the realization of the Constitutionality Control in the Public Civil Action, in which the fact of the possibility of the Public Civil Action is in charge of the control of constitutionality and this means a form of judicial activism and judicialization. The analysis will make use of the deductive and dogmatic methods and the bibliographic methodological procedure.

KEYWORDS: Activism. Public Civil Action. Constitutionality. Control. Diffuse. Judicial. Judicialization.

1 CONCEITO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Ao analisar a natureza jurídica do processo de controle de constitucionalidade, verifica-se que este não abrange interesses concretos ou pessoas, mas sim a aferição da compatibilidade de determinada norma infraconstitucional em relação à Carta Magna. Em razão disso, trata-se de um processo objetivo, pois seu escopo não é a solução de conflitos intersubjetivos, sua finalidade é resguardar a observância da Constituição.

Em razão da relação estabelecida entre Controle de Constitucionalidade e Constituição, fazem-se necessários alguns aportes no tocante à conceituação de Constituição.

José Afonso da Silva¹ descreve que:

A palavra constituição é empregada com vários significados, tais como: (a) "Conjunto dos elementos essenciais de alguma coisa: a constituição do universo, a constituição dos corpos sólidos"; (b) "Temperamento, compleição do corpo humano: uma constituição psicológica explosiva, uma constituição robusta"; (c) "Organização, formação: a' constituição de uma assembleia, a constituição de uma comissão"; (d) "O ato de estabelecer juridicamente: a constituição de dote, de renda, de uma sociedade anônima"; (e) "Conjunto de normas que regem uma corporação, uma instituição: a constituição: a constituição da propriedade"; (f) "A lei fundamental de um Estado.

Por sua vez, Gilmar Ferreira Mendes² elucida a ideia de Constituição:

como ordem jurídica fundamental, uma vez que ela contém uma perspectiva de legitimidade material e de abertura constitucional, possibilitando compatibilizar o controle de constitucionalidade – que pressupõe uma Constituição rígida - com a dinâmica do processo político-social.

Portanto, nosso ordenamento jurídico é determinado por um regime de hierarquia das normas no qual as regras insertas na Constituição Federal alicerçam princípios básicos das relações jurídicas e situam-se no grau máximo de força, ou seja, tem-se na Constituição a lei maior do Estado brasileiro, o que revela, dessa forma, o princípio da rigidez/supremacia das normas constitucionais.

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. – 23. ed. rev. e atual. – Malheiros editores, 2015. p. 39.

² MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016. – (Série IDP). p. 1043.

Assim, o controle de constitucionalidade é um mecanismo de fiscalização normativa inserido na legislação pátria, em que o escopo está em preservar as diretrizes constitucionais do ordenamento jurídico.

A defesa de uma Constituição passa, fundamentalmente, pelo controle da constitucionalidade dos atos do poder público, além da proteção aos princípios fundamentais, às formas de Estado e de Governo e – o que tende a ser o item mais relevante do conjunto – à garantia dos direitos individuais e coletivos³.

Nessa linha, Alexandre de Moraes (p.729, 2015) explica que a “ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais”.

Isso significa dizer que com o objetivo de resguardar as disposições estabelecidas na Constituição, através do controle de constitucionalidade possibilita a invalidação de qualquer regra infraconstitucional.

De acordo com Kildare Gonçalves Carvalho⁴:

Constituição e constitucionalidade são conceitos indeligiáveis, e o controle de constitucionalidade, técnica de limitação do poder, através da submissão dos poderes instituídos, visa garantir, por vários mecanismos, a supremacia material e formal da Constituição sobre as leis e os atos do governo e da administração.

No mesmo sentido, Pedro Lenza⁵ afirma:

A ideia de controle, então, emana da rigidez, pressupõe a noção de um escalonamento normativo, ocupando a Constituição o grau máximo na aludida relação hierárquica, caracterizando-se como norma de validade para os demais atos normativos do sistema.

Assim, nosso sistema normativo dispõe de dispositivos que preveem o controle das normas supervenientes às regras constitucionais.

2 SISTEMAS E VIAS DE CONTROLE JUDICIAL

³ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. - 12 ed. - São Paulo: Saraiva, 2017. p. 239.

⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo**. 16ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 381.

⁵ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. - 12 ed. - São Paulo: Saraiva, 2017. p. 149.

O controle difuso de constitucionalidade surgiu no ordenamento pátrio a partir da Constituição de 1891 inspirado no modelo norte-americano, existindo até hoje sem grandes alterações.

Pedro Lenza conceitua controle Difuso como:

O **controle difuso**, repressivo, ou posterior, é também chamado de controle pela via de **exceção** ou **defesa**, ou controle **aberto**, sendo realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário. Quando dizemos qualquer juízo ou tribunal, devem ser observadas, é claro, as regras de competência processual, a serem estudadas no processo civil. O controle difuso verifica -se em um caso concreto, e a declaração de inconstitucionalidade dá -se de forma incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao exame do mérito. Pede -se algo ao juízo, fundamentando -se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade será a *causa de pedir processual* (LENZA, p. 269, 2016, grifo da autora).

Neste tipo de controle, segundo MAGALHÃES⁶ “reconhece-se todo o corpo formador do Poder Judiciário como apto a fiscalizar a constitucionalidade das leis, garantindo assim a supremacia constitucional”. Todavia, esse tipo de controle necessita que o órgão máximo do Poder Judiciário, ou seja, o STF, funcione dando a última palavra sobre a constitucionalidade das leis.

Verifica-se no ensinamento do Ministro Luís Roberto Barroso⁷:

Por tratar-se de atribuição inerente ao desempenho normal da função jurisdicional, qualquer juiz ou tribunal, no ato de realização do Direito nas situações concretas que lhes são submetidas, tem o poder-dever de deixar de aplicar o ato legislativo conflitante com a Constituição. Já não se discute mais, nem em doutrina nem na jurisprudência, acerca da plena legitimidade do reconhecimento da inconstitucionalidade por juiz de primeiro grau, seja estadual ou federal.

Cumprido ressaltar também que o objeto do controle difuso se consubstancia exclusivamente no reconhecimento da inconstitucionalidade normativa, e não no objeto da causa, ou seja, o incidente de inconstitucionalidade constitui como causa de pedir. Isso significa dizer que a parte, visando assegurar seu direito que está sendo atingido por uma norma cuja

⁶ MAGALHÃES, João Marcelo Rego. **O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade: considerações sobre o papel da arguição de descumprimento de preceito fundamental**. [Dissertação-Mestrado]. Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Defesa em: 06/08/2007. p. 16.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. - 6ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2012. p. 121.

constitucionalidade se questiona, requer a mera declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo, afastando, destarte, sua incidência ao caso concreto.

Kildare Gonçalves Carvalho (p. 447, 2010) afirma:

A declaração de inconstitucionalidade não é objeto da lide, mas questão prejudicial, premissa lógica da conclusão da solução do problema principal. O que a parte pode no processo é o reconhecimento do seu direito, afetado, no entanto, pela norma cuja validade se questiona. O juiz, nessa ótica, não decide sobre a questão constitucional, como objeto principal do processo. Por isso mesmo é que a inconstitucionalidade não figura no dispositivo da sentença.

Logo, o controle Concentrado do Brasil foi influenciado pelo modelo austríaco inspirado por Hans Kelsen, no qual foi adotado pela primeira vez na Constituição de 1946, tendo sido reformulado pela Carta Magna de 1988.

Esse controle recebe tal nome pelo fato de ser centralizado em um único tribunal.

Normalmente, o controle concentrado está intimamente ligado às chamadas “ações diretas”, cuja finalidade é sanar controvérsia constitucional abstrata, tendo segundo Lenza (p.286, 2017) as seguintes vias: a) ADI — Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica, art. 102, I, “a” da CF; b) ADPF — Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, art. 102, § 1.º da CF; c) ADO — Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, art. 103, § 2.º da CF; d) IF — Representação Interventiva (ADI Interventiva), art. 36, III, c/c art. 34, VII da CF; e e) ADC — Ação Declaratória de Constitucionalidade, art. 102, I, “a” da CF.

Nesse ponto, os professores Elpídio Donizetti e Marcelo Malheiros Cerqueira⁸ afirmam:

Implementado no ordenamento jurídico brasileiro pela EC 16/65, o controle concentrado, abstrato ou por via de ação visa a retirar o ato normativo inconstitucional do ordenamento jurídico. Ao contrário do que ocorre no controle difuso, aqui a ação tem por objeto principal a invalidade da lei desconforme com a Constituição. Porque não há partes, conflito de interesses (lide) ou exercício do contraditório, é comum referir-se ao processo constitucional *objetivo*, que se desenvolve no plano abstrato, dissociado de qualquer situação concreta. O conflito, destaque-se, trava-se entre a lei ou ato impugnado e o ordenamento jurídico.

Desse modo, entende-se que o controle concentrado de constitucionalidade é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, podendo apenas ser acionado pelos mecanismos abstratos de defesa constitucional, estabelecidos na Constituição Federal.

⁸ DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de Processo Coletivo**. São Paulo: Atlas S.A., 2015. p. 23.

2.1 Critério Formal: incidental (exceção ou defesa ou concreto) ou principal (abstrata)

No controle formal se examina a constitucionalidade em aspecto estritamente jurídico. No qual se observa “se as leis foram elaboradas de conformidade com a constituição”⁹. Assim, tem-se no controle formal um controle majoritariamente técnico.

O controle concreto, - também denominado de controle subjetivo por envolver interesses puramente individuais-, é o controle judicial de constitucionalidade das leis, fundamentado no princípio da supremacia da Constituição, em que os juízes ao decidir uma questão, estão obrigados a verificar se as normas aplicadas à resolução deste litígio são ou não válidas¹⁰.

Ele (controle concreto) incide apenas sobre a ação posta em julgamento e tem como objeto a ofensa causada por uma determinada lei ou ato normativo no âmbito de direitos particulares, sendo incompatível com o exame da lei em análise¹¹.

Já o controle abstrato aplica-se quando não há um conflito concreto de interesses, mas uma discrepância sobre a compatibilidade de uma interpretação do texto constitucional em relação a uma determinada lei. É de competência originária do STF, quando se visa à aferição de leis em face da CF, ou do Tribunal de Justiça em cada Estado, quando o confronto é entre as leis locais e a Constituição Estadual¹².

Esse controle abstrato será realizado através de ações específicas, nas quais a controvérsia está na própria compatibilidade de um ato (ou omissão) com a Constituição Federal.

2.2 Conclusão quanto aos critérios de classificação

Cabe, por fim, uma observação posterior ao estudo dos tópicos acima, no qual tem-se como regra geral:

Mesclando as duas classificações, verifica-se que, **regra geral, o sistema difuso é exercido pela via incidental**, destacando -se, aqui, a experiência norte-americana, que, inclusive, influenciou o surgimento do controle difuso no Brasil. Por sua vez, por regra, **o sistema concentrado é exercido pela via principal**¹³ (LENZA, p. 266, 2017 grifo da autora).

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. - 11. ed. - São Paulo: Malheiros, 2012. p. 269.

¹⁰ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. - 12 ed. - São Paulo: Saraiva, 2017. p. 346.

¹¹ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. - 12 ed. - São Paulo: Saraiva, 2017. p. 346.

¹² LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. - 12 ed. - São Paulo: Saraiva, 2017. p. 381.

¹³ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. - 12 ed. - São Paulo: Saraiva, 2017. p. 266. Grifo nosso.

Nesse sentido, explana Pedro Lenza a seguinte exceção à regra geral:

Mesclando as duas classificações, verifica -se que, regra geral, o sistema **difuso** é exercido pela via **incidental**, destacando -se, aqui, a experiência norte-americana, que, inclusive, influenciou o surgimento do controle difuso no Brasil. Por sua vez, por regra, o sistema **concentrado** é exercido pela via **principal**, como decorre da experiência austríaca e se verifica no sistema brasileiro. [...] No **direito brasileiro**, como exceção à regra do controle **concentrado e abstrato de constitucionalidade**, podemos pensar em situação na qual o controle será **concentrado** (em órgão de cúpula, com competência originária), mas **incidental**, discutindo-se a questão de constitucionalidade como questão prejudicial ao objeto principal da lide.

Então, em resumo tem-se: o controle difuso (norte-americano) ocorre quando o controle é exercido por diversos órgãos.

O controle concentrado (austríaco) ocorre quando o controle é exercido por um único órgão. É exercido pelo STF ou pelo TJ (se o parâmetro for a constituição do estado)

O controle misto ocorre quando os 2 tipos de controle são exercidos, sendo essa a regra no Brasil.

3 ORIGEM, CONCEITO E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO-LEGISLATIVO DA ACP NO BRASIL

O Código de Processo Civil de 1939, e posteriormente o de 1973, mantiveram-se inertes acerca da tutela no âmbito coletivo, de forma que em ambos existiam dispositivos que restringiam o enfoque às lides essencialmente individuais.

Em tais Códigos de Processo Civil foi dado enfoque quase que exclusivo aos conflitos individuais do tipo “Tício *versus* Caio”, não se tratando de conflitos de massa relativos a direitos metaindividuais, tais como o meio ambiente, o patrimônio público e a probidade administrativa. O máximo que se permitiu a título de ampliação nos elementos da causa (partes, causa de pedir e pedido) diz respeito às hipóteses de litisconsórcio, intervenção de terceiros e reunião de ações por conexão ou continência; mesmo assim, porém, o processo permaneceu essencialmente individualista, com a não vinculação de grupos à autoridade da coisa julgada e a ausência de previsão acerca de legitimados para a defesa de direitos transindividuais, cujos titulares (isto é, determinadas coletividades) estão impossibilitados de figurar como partes no processo¹⁴.

¹⁴ DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de Processo Coletivo**. São Paulo: Atlas S.A., 2015. p. 2.

Mesmo com as previsões de Ação Popular insertas nas Constituições de 1934 e 1946, e dos dispositivos insertos na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, Decreto-Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943 – que permitiam ao Judiciário a solução de dissídios coletivos, as ações coletivas ressurgiram somente nos anos 70 principalmente por influência dos italianos Mauro Cappellet, - precursor das bases da tutela coletiva-, e Vincenzo Vigoriti,- que apresentou trabalhos acerca dos direitos coletivos à luz da participação popular.

Na década de 70, ambos os juristas estudaram as ações coletivas norteamericanas e publicaram vários artigos e livros. Isso influenciou o ordenamento jurídico brasileiro de forma preponderante, uma vez que após as publicações italianas, os juristas brasileiros, como José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior Ambos também publicaram trabalhos que foram essenciais no desenvolvimento da tutela coletiva no Brasil.

Entretanto, somente com o Art. 14, § 1º da Lei n. 6.938/81 (Política Nacional de Meio Ambiente) que a Ação Civil Pública deu seu impulso Máximo no Brasil.

Tendo em vista tal Artigo e visando a regulamentação desta disposição, até então sem antecedente no país, o legislativo federal, a partir de um anteprojeto de lei elaborado por grandes juristas (Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Cândido Rangel Dinamarco, Waldemar Mariz de Oliveira Jr.) e fundido com outro, apresentado por membros do Ministério Público do Estado de São Paulo (Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Jr.), aprovou a Lei n. 7.347/85, a Lei da Ação Civil Pública que permanece até então vigente¹⁵.

O termo ação civil pública foi escolhido à luz da expressão "ação penal pública". Afinal, ao menos quando de seu nascimento, apenas o Ministério Público seria legitimado a utilizá-la, tal qual a ação penal pública. Ademais, pesou na adoção da nomenclatura o fato de que a ação seria movida em favor da coletividade, do interesse público, tal como a ação penal (STJ, Resp 823.063/PR, 4ª T., Rel. Min. Raul Araújo, j. 14-2-2012)¹⁶.

Consolidando ainda mais a ACP e outras ações coletivas, a Constituição Federal de 1988, concedeu tratamento especial à tutela coletiva via Artigo 5º, inciso XXXV, no qual engloba o acesso ao Poder Judiciário com relação aos direitos metaindividuais. Já nos incisos LXX, LXXI e LXXIII do Art. 5º da CF, estão previstos, respectivamente, o mandado de

¹⁵ GARJADONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos II**. São Paulo. Saraiva, 2015b.-(Coleção Saberes do Direito; 35). p. 13.

¹⁶ GARJADONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos II**. São Paulo. Saraiva, 2015b.-(Coleção Saberes do Direito; 35). p. 16.

segurança coletivo, o mandado de injunção coletivo e a ação popular. Por fim, no artigo 129, inciso III está disposta a Ação Civil Pública.

Pondera-se que além da Constituição Federal de 1988, outro importante diploma trata em capítulo separado das ações coletivas, sendo ele: o Código de Defesa do Consumidor, via Artigo 81 e ss.

Diversos juristas conceituaram a Ação Civil Pública. A seguir têm-se alguns conceitos segundo esses autores.

De acordo com Hely Lopes Meirelles¹⁷:

A ação civil pública, disciplinada pela Lei n. 7.347, de 24 de 24.7.85, é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações da ordem econômica (art. 1º), protegendo, assim, os interesses difusos da sociedade. Não se presta a amparar direitos individuais, nem se destina à reparação de prejuízos causados a particulares pela conduta, comissiva ou omissiva do réu.

Trazendo um conceito mais genérico, Caio Márcio Loureiro¹⁸, afirma que a “ação civil pública é a ação coletiva e instrumento processual que tem por escopo a tutela de interesses não penais, trazendo como objeto de seu pedido a tutela jurisdicional de interesses coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos).”

Logo, para Pedro da Silva Dinamarco¹⁹:

Ela pode ser entendida como um novo mecanismo processual que pode ser acionado pelas pessoas e entes expressamente elencados pela lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, visando à proteção de interesses grupais (ou seja, difusos, coletivos e individuais homogêneos), seja porque a tutela jurisdicional individual seria (quase) impossível, seja porque ela seria antieconômica e menos eficaz.

Hugo Nigro Mazzilli²⁰ faz considerações sobre o conceito e finalidade da Ação Civil Pública:

A expressão ação civil pública, preconizada por Calamandrei, busca guardar um paralelo com correspondente expressão ação penal pública. Inicialmente,

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. - 25. Ed., - São Paulo: Mallheiros, 2010. p. 161.

¹⁸ LOUREIRO, Caio Márcio. **Ação Civil Pública e o Acesso à Justiça**. São Paulo: Editora Método, 2004. p. 110.

¹⁹ DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 16.

²⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. - 26ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2013. p. 666.

com ação civil pública se quis dizer a ação de objeto não penal, proposta pelo Ministério Público. Na verdade, porém, tal expressão, se bem que já incorporada na legislação, doutrina e jurisprudência, não deixa de padecer de improbidade. De um lado, toda ação é pública, enquanto direito público subjetivo dirigido contra o Estado; de outro, como não tem o Ministério Público exclusividade na propositura da dita ação civil pública, podemos hoje considerar, de lege lata, que esta última compreende não só a ação de objeto não penal proposta por aquela Instituição, como a mesma ação, com mesmo objeto, proposta por qualquer dos demais colegitimados ativos da Lei 7.347/85, desde que destinada à defesa de interesses difusos e coletivos.

4 CLASSIFICAÇÕES DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL COLETIVO

Direitos coletivos são classificados em: difusos, coletivos e individuais homogêneos. Para melhor entendimento, segue abaixo a Tabela 1, com o comparativo desses direitos:

Tabela 1: Comparativo entre os tipos de classificações do Direito Processual Civil Coletivo

ESPÉCIE	TITULARIDADE	DIVISIBILIDADE	ORIGEM	CLASSIFICAÇÃO
DIFUSO	Coletividade de indivíduos indeterminados e indetermináveis	Indivisível	Fato lesivo	Essencialmente coletivo
COLETIVO	Coletividade de indivíduos indeterminados mas determináveis	Indivisível	Relação jurídica base anterior entre si ou com a parte contrária	Essencialmente coletivo
INDIVIDUAL HOMOGÊNEO	Coletividade de indivíduos em situação jurídica homogênea	Divisível	Fato lesivo	Acidentalmente coletivo

No qual se tem²¹: a) Direitos difusos: os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; b) Direitos coletivos: os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas, ligadas ente si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; c) Direitos individuais homogêneos: assim entendidos os decorrentes de origem comum.

²¹ GARJADONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos I**. São Paulo. Saraiva, 2015a.-(Coleção Saberes do Direito; 34). p. 13.

5 O DIREITO/PROCESSO COLETIVO E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O direito processual coletivo é uma vertente do direito processual civil, de modo que o nascimento do primeiro está ligado a apropriada evolução metodológica do segundo.

Mas diferentemente do processo individual, o sistema de tutela coletiva é formado por diversas leis que se comunicam entre si, em verdadeiro diálogo de fontes, que origina o que se chama de microsistema do processo coletivo.

Segundo GARJADONE²², o surgimento formal do processo coletivo no Brasil ocorre dentro da fase instrumentalista do direito processual (ainda em andamento), especificamente na 2ª onda renovatória de acesso à Justiça.

Por relatório apresentado por dois juristas sobre acesso à Justiça (Bryan Garth e Mauro Cappelletti), passou-se a falar em 3 ondas renovatórias de acesso à Justiça. Em outros termos, apregoava-se que a única maneira de o processo realmente se tornar um instrumento a serviço da Justiça era ele passar por essas três grandes transformações, sem o que ele continuaria a ser uma fórmula vazia. Primeiro, o processo deveria prover tutela aos necessitados (assistência judiciária). Segundo, o processo deveria ser capaz de tutelar os interesses supraindividuais (metaindividuais, transindividuais), especialmente por conta da indeterminabilidade dos seus titulares (processo coletivo). E, terceiro o processo deveria ser eficaz, visto isto como a capacidade de alcançar resultados efetivos e satisfatórios (efetividade)²³.

Alguns autores, principalmente os relacionados ao direito constitucional, têm uma visão histórica distinta da acima anunciada, mas que não exclui a mesma. Eles preferem identificar o nascimento dos direitos supraindividuais, e em consequência, do processo coletivo hábil a tutelá-los a partir das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais.

Aduzem que, logo após a concepção Moderna de Estado, os primeiros direitos fundamentais a surgirem (direitos fundamentais de 1ª geração) são os de natureza civil (liberdade, patrimônio, vida etc.) e política (voto). Aduzem que estes direitos constituiriam e verdadeiras verdades negativas, na medida que a partir deles haveria limites à atuação do Estado, que não poderia, como regra, interferir na vida privada e na liberdade alheia. Esta primeira geração dos direitos fundamentais corresponde ao movimento econômico, político e cultural do liberalismo, cujo mote central era a tutela da liberdade. [...] Para contrapor esta primeira geração de direitos fundamentais e, mais do que isto, para minorar os nefastos efeitos da política de não intervenção do Estado na vida privada (desigualdade social), surge a partir dos séculos XIX e XX, um segundo grupo de direitos (direitos fundamentais de 2ª geração), de natureza

²² GARJADONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos I**. São Paulo. Saraiva, 2015a.-(Coleção Saberes do Direito; 34). p. 14.

²³ GARJADONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos II**. São Paulo. Saraiva, 2015b.-(Coleção Saberes do Direito; 35). p. 14.

econômica e social (direitos trabalhistas, previdência social, saúde). Por eles, o Estado deveria garantir, ainda que de modo mínimo, um núcleo essencial de direitos aos indivíduos, ao menos para que pudessem ter condições mínimas de sobrevivência. Esta geração de direitos fundamentais, portanto, era inspirada por propósitos de igualdade, e representava aquilo que os autores conhecem como liberdades positivas²⁴.

Até este momento, os direitos fundamentais tinham como escopo e destinatário o indivíduo, fato esse que sofre alteração no século XX.

Entretanto, no século XX, e em complemento aos direitos de 1ª e de 2ª geração, começam a ser identificados novos direitos e interesses, não mais relacionados a pessoa individualmente considerada, mas, sim, decorrentes da própria vida em sociedade. Surgem a partir daí, direitos da coletividade como meio ambiente, patrimônio público etc. (direitos fundamentais de 3ª geração), inspirados não mais na visão individualista do homem dos séculos anteriores, mas, sim, e propósitos coletivos de fraternidade e vida comum. Para os constitucionalistas – e sem prejuízo de outras gerações de direitos fundamentais já apontadas por algumas (direitos de 4ª e de 5ª geração) -, **este é o momento de nascimento e de desenvolvimento do processo coletivo, fruto da incapacidade de o processo marcadamente individual tutelar estes interesses do grupo, da coletividade, da sociedade em si considerada**²⁵.

Antes do advento da Ação Civil Pública, já era conhecida no país a Ação Popular, atualmente prevista no Art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal, e regulamentada pela Lei n. 4.717/65, ou seja, a tutela de interesses coletivos foi normatizada, pela primeira vez através da Ação Popular.

Embora de reconhecida importância, não há como se negar que a ação popular brasileira é incapaz de tutelar adequadamente os direitos e interesses supraindividuais. A uma, pois a lei que a regulamenta só permite a tutela de alguns direitos difusos (patrimônio público, moralidade administrativa, meio ambiente e patrimônio histórico cultural), deixando sem proteção uma série de outros direitos desta natureza (segurança pública, saúde etc.), bem como os direitos coletivos e individuais homogêneos (art. 81, II e III, do Código de Defesa do Consumidor). E, a duas, pois a tutela coletiva dos direitos supraindividuais pelo indivíduo sofre dos deletérios efeitos do efeito corona (free riding), de modo que, ao permitir que todos ajam, ninguém acaba agindo, contando que o outro o fará²⁶.

²⁴ GARJADONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos I**. São Paulo. Saraiva, 2015a.-(Coleção Saberes do Direito; 34). p. 15.

²⁵ GARJADONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos I**. São Paulo. Saraiva, 2015a.-(Coleção Saberes do Direito; 34). p. 15. Grifo nosso.

²⁶ GARJADONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos I**. São Paulo. Saraiva, 2015a.-(Coleção Saberes do Direito; 34). p. 23.

Assim, estudiosos do processo coletivo costumam apontar que foi a partir do advento da ACP que ele (processo coletivo) teve nascimento no Brasil²⁷. Está aí a inter-relação entre ambos: processo civil coletivo e ACP,

Para Didier e Zanetti Jr.²⁸, tem-se o processo coletivo como aquele:

instaurado por ou em face de um legitimado autônomo, em que se postula um direito coletivo lato sensu ou se postula um direito em face de um titular de um direito coletivo lato sensu, com o fito de obter uma providência jurisdicional que atingirá uma coletividade ou um número determinado de pessoas.

Logo, salienta-se que dos vários conceitos elaborados pela doutrina, a Ação Civil Pública, disciplinada em 1985, pela Lei nº 7.347, tem como escopo a tutela de direitos coletivos, ou seja, aqueles que transcendem a esfera individual e alcançam um grupo de pessoas, uma coletividade, seja esse grupo determinado ou indeterminado.

Conforme destacado por Pedro da Silva Dinamarco²⁹,

A ação civil pública tem vocação inata de proteger um número grande de pessoas mediante um único processo. Ela simultaneamente contribui para a eliminação da litigiosidade contida e para o desafogamento da máquina judiciária, mediante a eliminação de inúmeros processos individuais. É ainda um meio de dar efetividade ao princípio da igualdade entre as pessoas, na medida em que evita a loteria judiciária gerada pela diversidade de entendimentos jurisprudenciais sobre a mesma matéria.

Relembrando que com a promulgação da Constituição da República, em 1988, a Ação Civil Pública ganhou status de ação constitucional, uma vez que fora consagrada no artigo 129, inciso III da Carta Magna, que ampliou seu objeto e sua legitimidade ativa.

Além da ACP, outras leis infraconstitucionais também passaram a disciplinar a tutela coletiva de direitos: Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei. n. 8.069/90), Código de Defesa do Consumidor, Lei da Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92), Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2011), o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), o Estatuto do Deficiente (Lei n. 7.931/89) e outras.

²⁷ GARJADONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos I**. São Paulo. Saraiva, 2015a.-(Coleção Saberes do Direito; 34). p. 23.

²⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil - processo coletivo**. 3. ed. Salvador: Podium, 2015. p. 2013.

²⁹ DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1.

Importante salientar os retrocessos na legislação processual coletiva brasileira, por meio de inúmeras Medidas Provisórias, editadas pelo Governo Federal, tendentes a mitigar o alcance das Ações Civis Públicas contra o Poder Público, algumas delas perenizadas pela Emenda Constitucional n. 32 (MP 2.180-35), outras convertidas em lei (Lei n. 9.494/97) em que restringe-se a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, condicionando-a, no tocante às demandas coletivas, à audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas (art. 2º) e, por fim, a Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997 que trouxe uma limitação territorial ao âmbito da coisa julgada ao território de competência do juízo prolator da sentença. Essa última provavelmente é a mais impopular das alterações sofridas pela lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985³⁰.

E ainda, tendo em vista a relevância das ações coletivas, bem como da ACP, na década passada houveram algumas tentativas de reforma da legislação processual coletiva brasileira, no qual destacam-se 2 anteprojetos de Código Brasileiro de Processo Coletivo: a) o CBPC da USP-IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), coordenado pela Professora Ada Pellegrini Grinover, da USP; e b) o CBPC – da UNESA/UERJ, coordenado pelo Desembargador Aluisio Gonçalves Castro Mendes. Ambos projetos não prosseguiram em âmbito legislativo, mas foram inspiradores para a elaboração do PLC n. 5.139/2009 (Nova Lei de Ação Civil Pública)³¹.

Conforme GAJARDONE³² o PLC n. 5.139/2009 “consolida na Lei de ACP praticamente todo o trato do processo coletivo brasileiro, constituindo se um verdadeiro código” [...] “o projeto foi apresentado à Câmara dos Deputados de 2009 e, atualmente, aguarda o julgamento da (equivocada) decisão de seu arquivamento pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara”.

Desse modo, o que vigora atualmente é um processo civil coletivo que faz parte de um microsistema processual composto por diversas legislações e por princípios que dinamizam a efetivação da tutela coletiva, dentre eles se destacam: o princípio do acesso à justiça, o princípio da universalidade da jurisdição, o princípio da economia processual, o princípio da disponibilidade motivada da ação coletiva, o princípio da não taxatividade da ação coletiva, o

³⁰ GARJADONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos I**. São Paulo. Saraiva, 2015a.-(Coleção Saberes do Direito; 34). p. 24.

³¹ GARJADONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos II**. São Paulo. Saraiva, 2015b.-(Coleção Saberes do Direito; 35). p. 16.

³² GARJADONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos II**. São Paulo. Saraiva, 2015b.-(Coleção Saberes do Direito; 35). p. 16.

princípio da máxima amplitude do processo coletivo, o princípio da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público e o princípio da divulgação da demanda.

A disciplina central da ACP está na já informada Lei n. 7.347/85, com as alterações trazidas pelas Leis ns. 8.078/90, 8.884/94, 9.494/97, 10.257/2001 e 11.448/2007 e pela Medida Provisória 2.180-35/2001.

Observa-se que muitas das disposições inclusas na Lei n. 7.347/85 e próprias da tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais (homogêneos) são repetidas, com variações, no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Estatuto da Cidade, no Estatuto do Deficiente e etc³³.

Pelo Superior Tribunal de Justiça quanto a ACP tem-se a súmula 329 em vigor: “O Ministério Público tem legitimidade para propor Ação Civil Pública em defesa do patrimônio público”, já que a Súmula 470 foi cancelada em 2015.

Quanto ao Superior Tribunal Federal, há a Súmula 634 “O Ministério Público tem legitimidade para promover Ação Civil Pública cujo fundamento seja à ilegalidade de reajustes de mensalidades escolares”.

6 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A Ação Civil Pública, como já retratada, é uma ferramenta imprescindível na tutela dos direitos coletivos *lato sensu* que predispõe de um microssistema procedimental específico, no qual a parte autora não atua em juízo em circunstâncias nas quais é titular do direito em discussão, mas sim, como representante da coletividade a fim de garantir a tutela do direito ou interesse público.

Por sua vez, o controle de constitucionalidade se constitui de uma fiscalização normativa que garante a inexistência de normas dicotômicas no ordenamento jurídico.

Esse controle divide-se em dois principais: difuso e concentrado. No primeiro, realizado por via de exceção, é suscitado incidentalmente em uma determinada ação, consubstanciando numa prejudicial de mérito, não integrando o objeto da lide. Já o controle concentrado é exercido por via de ação, também possuindo, assim como a Ação Civil Pública, um rito procedimental específico, determinado pela Constituição e pelas Leis n. 9.868/99 (Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade) e n. 9.882/99 (Lei da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF).

³³ GARJADONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos II**. São Paulo. Saraiva, 2015b.-(Coleção Saberes do Direito; 35). p. 16.

E ainda, cumpre observar a existência do direito processual coletivo em duas vertentes, sendo o direito processual coletivo comum e o direito processual coletivo especial. Aquele diz respeito à tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, o que faz alusão à Ação Civil Pública. Por sua vez, este trata da fiscalização normativa abstrata das normas jurídicas.

A esse respeito, Adriano Andrade, Cleber Masson e Lindolfo Andrade³⁴ explicam:

Aqui são necessários parênteses. Parte da doutrina, com destaque para o jurista e para o membro do Ministério Público de Minas Gerais, Gregório Assagra de Almeida, divide o direito processual coletivo em dois ramos: *direito processual coletivo comum* e *direito processual coletivo especial*. O primeiro tem por objeto material a tutela de direitos coletivos (difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos) lesados ou ameaçados de lesão, ou seja, a resolução de “um ou vários conflitos coletivos surgidos no plano da concretude”. O segundo, o controle abstrato de constitucionalidade das normas jurídicas, ou seja, a tutela de um “interesse coletivo objetivo legítimo”. As normas do primeiro regem, p. ex., as ações civis públicas, as ações populares e os mandados de segurança coletivos. As do segundo disciplinam, entre outras, as ações diretas de inconstitucionalidade por ação ou omissão, as declaratórias de constitucionalidade e as arguições de descumprimento de preceito fundamental.

Portanto, os dois microssistemas processuais coletivos coexistem: um que abrange as ações que exercem o controle concentrado/abstrato de constitucionalidade, e o outro que alicerça a tutela dos direitos coletivos *lato sensu*.

Todavia, deve-se atentar à possibilidade em se deparar com normas ofensivas a direitos coletivos *lato sensu*. Nessa hipótese, tomando como base as funções da ACP, se constata ter cabimento a utilização dela (ACP) como instrumento para tutelar o direito afligido pela norma.

Destarte, é possível que o controle normativo realizado pela ACP insira-se no escopo funcional desta ferramenta, já que na medida em que o ordenamento jurídico alicerça, interfere e determina os direitos coletivos *lato sensu*, se a própria lei lesar à coletividade, inclusive entrando em conflito com outras normas do ordenamento, subsiste o prejuízo coletivo, persistindo, assim, um dano transcendente ao indivíduo.

Porém, essa conclusão baseada em cognição sumária não é correta, tendo em vista que o nosso ordenamento jurídico já usufrui de instrumentos precisos aptos para fiscalizar a constitucionalidade das leis, como as citadas ações de controle por via direta. Portanto, há de atentar-se para a possibilidade levantada, haja vista a existência de fundamentos jurídicos para a sua realização.

³⁴ ANDRADE, Adriano; ANDRADE, Lindolfo; MASSON, Cleber. **Interesses Difusos e Coletivos**. - 3ª ed. - São Paulo: Método, 2013. p. 6.

Nesse sentido, faz-se imperiosa a verificação da possibilidade de utilizar a ACP em âmbito de fiscalização normativa, bem como suas inerentes consequências jurídicas.

6.1 A ação civil pública e o controle concentrado

A doutrina e a jurisprudência são pacíficas quanto à inaplicabilidade da ACP como meio de exercer o controle de constitucionalidade concentrado.

Isso ocorre uma vez que essa hipótese provoca um *legalis aberratio*³⁵ ao proporcionar que a ACP seja sucedâneo das ações que exercem o controle por via direta.

Assim, numa Ação Civil Pública cujo objeto do pedido seja a declaração de inconstitucionalidade de uma determinada norma jurídica, a procedência do pedido atrelada a coisa julgada produziria efeitos *erga omnes*, equivalendo-se à declaração de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte, em sede de controle abstrato.

A apreciação da ação civil pública, por ser exercida pelo magistrado *a quo* do local do dano, gera um problema grave quando o objeto do pedido cuidar-se de questionamento sobre a própria lei. Isso ocorre porque, enquanto as decisões *incidenter tantum* proferidas nos casos concretos, inclusive pelo próprio STF, gerem efeitos *inter partes*, a decisão acerca da constitucionalidade proferida pelo magistrado de primeiro grau obteria eficácia geral e abstrata, usurpando das ações diretas e da Suprema Corte atribuições atinentes à deliberação e elucidação acerca da constitucionalidade normativa.

Nessa linha, afirma Gilmar Ferreira Mendes e de Paulo Gustavo Gonet Branco³⁶:

É certo, ademais, que ainda que se desenvolvam esforços no sentido de formular pretensão diversa, toda vez que na ação civil pública ficar evidente que a medida ou providência que se pretende questionar é a própria lei ou ato normativo, restará inequívoco que se trata mesmo é de impugnação direta de lei. Nessas condições, para que não se chegue a um resultado que subverta todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, **tem-se de admitir a completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais (grifo da autora).**

E ainda, a jurisprudência trata:

³⁵ Significa aberração jurídica.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016. – (Série IDP). p. 1171.

RECLAMAÇÃO: PROCEDÊNCIA: USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF (CF, ART. 102, I, A). Ação civil pública em que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* não é posta como causa de pedir, mas, sim, como o próprio objeto do pedido, configurando hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade de leis federais, da privativa competência originária do Supremo Tribunal (STF, Tribunal Pleno, Reclamação n. 2224/SP, j. 26.10.2005, rel. Min.Sepúlveda Pertence, DJ 10.02.2006).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL QUE INSTITUIU AUMENTO DE VENCIMENTOS PARA CARGOS. CÂMARA LEGISLATIVA MUNICIPAL. 1. A interposição do recurso especial impõe que o dispositivo de Lei Federal tido por violado, como meio de se aferir a admissão da impugnação, tenha sido ventilado no acórdão recorrido, sob pena de padecer o recurso da imposição jurisprudencial do pré-questionamento, requisito essencial à admissão do mesmo, o que atrai a incidência do enunciado n.º 282 da Súmula do STF. 2. Incabível ação civil pública, proposta pelo Ministério Público, para declarar, com eficácia *erga omnes*, a inconstitucionalidade de lei municipal que instituiu aumento de subsídios para cargos do Legislativo. A sentença que atendesse à pretensão dessa natureza retiraria toda e qualquer eficácia do preceito normativo, cujo potencial de aplicação estaria inteiramente exaurido. **3. Incabível a ação civil pública, cuja sentença tenha eficácia *erga omnes*, quando substitutivo da ação direta de inconstitucionalidade.** 4. Por sua vez, é cabível ação civil pública tendente a obter condenação do Prefeito, do Vice-prefeito e dos vereadores a restituírem aos cofres do Município o valor dos subsídios recebidos com base em lei alegadamente inconstitucional. É que pretensão dessa natureza não se comporta no âmbito de ação controle concentrado de constitucionalidade, sendo que a sentença correspondente terá eficácia subjetiva limitada às partes e ao pedido formulado. 5. A fundamentação recursal não logrou comprovar que a alegação de inconstitucionalidade da lei foi alegada em sede de ação civil pública apenas *incidenter tantum*, tendo em vista sua eficácia subjetiva limitada às partes e ao pedido formulado. 6. Agravo Regimental desprovido. (STJ, Primeira Turma, Agravo Regimental no Recurso Especial n.678911/MG, j. em 09.08.2005, rel. Min. Luiz Fux, DJ 05.09.2005 – sem grifo no original).

Os três casos citados remetem ao posicionamento do Superior Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em que cognição é preponderantemente no sentido da impossibilidade da ação civil pública ter como objeto a declaração da constitucionalidade de lei em tese.

Assim, conclui-se que é pacífico o entendimento no sentido da inadmissibilidade no uso da ação civil pública ao controle concentrado, tendo em vista que esta hipótese implicaria no

sucedâneo das ações diretas, usurpando a competência constitucionalmente atribuída ao STF para declarar a inconstitucionalidade em caráter abstrato³⁷.

6.2 A ação civil pública e o controle difuso

É possível a realização do controle difuso-concreto-incidental das leis e atos normativos em qualquer espécie de ação, apesar de não ser pacífico o seu emprego amplo e irrestrito.

Isso ocorre pois como em qualquer outro processo judicial, o magistrado, ao dirimir na seara coletiva apreciando uma Ação Civil Pública, pode ser instado a pronunciar-se acerca da constitucionalidade de uma norma ou ato.

Devido a isso, há grande a discussão doutrinária acerca do cabimento do controle difuso na ACP, já que o exercício fiscalizatório do referido mecanismo no caso concreto, mesmo que de forma incidental, encontra obstáculos em sua utilização plena, pois a coisa julgada no processo coletivo pode possuir eficácia *erga omnes*, ou seja, os efeitos da decisão podem transcender as partes.

Desse modo, verifica-se na atualidade, divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à presença do controle difuso em Ações Cíveis Públicas, controversia essa concretizada por duas correntes que serão estudadas abaixo³⁸.

6.2.1 Corrente favorável e desfavorável do Controle difuso em sede de Ação Civil Pública

Conforme já estudado o controle difuso de constitucionalidade é realizado no caso concreto, por qualquer juiz ou tribunal do Poder Judiciário, produzindo, em regra, efeitos somente para as partes, exceto no caso da resolução do Senado Federal referente ao Artigo 52, X da CF, sendo a declaração de inconstitucionalidade proferida de modo incidental.

Para a corrente desfavorável no qual há doutrinadores contrários à utilização da ACP para o exercício do controle concreto, destaca-se Gilmar Ferreira Mendes, que na obra produzida com Paulo Gustavo Gonet Branco³⁹ expõe:

Admitida a utilização da ação civil pública como instrumento adequado ao controle de constitucionalidade, tem-se por *ipso jure* a outorga à jurisdição

³⁷ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. - 12 ed. - São Paulo: Saraiva, 2017. p. 285.

³⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. - 26ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2013. p. 142.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. - 10. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2016. - (Série IDP). p. 1170-1171.

ordinária de primeiro grau de poderes que a Constituição não assegura sequer ao Supremo Tribunal Federal. É que, como visto, a decisão sobre a constitucionalidade de lei proferida pela Excelsa Corte no caso concreto tem, inevitavelmente, eficácia *inter partes*.

Com efeito, essa linha aponta que os efeitos das sentenças coletivas produzem efeitos demasiadamente abrangentes, uma vez que nem mesmo as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em casos concretos possuem a mesma amplitude, razão pela qual essa circunstância mostra-se absurda⁴⁰.

Prosseguindo com a reflexão, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco⁴¹ ponderam:

Essa decisão revela a necessidade de abertura de um *diálogo* ou de uma *interlocução* entre os modelos difuso e abstrato, especialmente nos casos em que a decisão no modelo difuso, como é o caso da decisão de controle de constitucionalidade em ação civil pública, acaba por ser dotada de eficácia ampla ou geral. As especificidades desse modelo de controle, o seu caráter excepcional, o restrito deferimento dessa prerrogativa no que se refere à aferição de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal em face da Constituição Federal apenas ao Supremo, a legitimação restrita para provocação do Supremo – somente os órgãos e entes referidos no art. 103 da Constituição estão autorizados a instaurar o processo de controle –, a dimensão política inegável dessa modalidade, enfim, tudo leva a não se admitir controle de legitimidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição, no âmbito da ação civil pública.

Na mesma lógica Hugo Nigro Mazilli⁴² afirma:

Por isso, a jurisprudência tem recusado o uso da ação civil pública ou coletiva destinada a *atacar leis em tese*. A razão desse entendimento é que, se elas pudessem ter esse objeto, tornar-se-iam indevidos sucedâneos da ação direta de inconstitucionalidade ou da ação interventiva, que são privativas dos tribunais, enquanto as ações de caráter coletivo são processadas originariamente junto aos juízos de primeiro grau. Ora, pelo sistema constitucional em vigor, somente por meio da ação direta de inconstitucionalidade ou ação interventiva é que os tribunais podem retirar *erga omnes* a eficácia das leis; aos juízes singulares só se admite proclamar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos com imutabilidade *inter partes*, de maneira que não se podem valer dos processos coletivos para suprimir, em face de toda a sociedade, a eficácia de uma norma legal abstrata.

⁴⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. - 26ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2013. p. 150.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016. – (Série IDP). p. 1172-1173.

⁴² MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. - 26ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2013. p. 152.

Logo, em virtude dos efeitos *erga omnes* e *ultra partes* atribuídos às decisões proferidas em sede coletiva, ocorrem duas consequências condenáveis no ordenamento jurídico: a) Correspondente a usurpação da competência do Supremo para declarar a inconstitucionalidade de ato normativo; e b) quanto a possibilidade em se declarar a inconstitucionalidade localmente, tão somente na área da competência do juízo prolator, o que significa dizer que pode ocorrer a criação de um direito substantivo local estadual diferente do nacional, violando assim a Constituição Federal, que estabelece a unidade do Direito Substantivo em todo território nacional⁴³.

Observa-se, ainda, a existência desses mesmos óbices de fiscalização normativa em sede difusa nas ações populares, haja vista que nas decisões proferidas nessa seara também subsistem efeito *erga omnes*, em consonância com o artigo 18, da Lei n. 4.717/65 (Lei da Ação Popular).

Logo, para os que são favoráveis, a regra é que quando o ajuizamento da Ação Civil Pública objetiva, não à apreciação da validade constitucional de lei em tese, mas o julgamento de uma específica e concreta relação jurídica, se tornará lícito e possível promover, *incidenter tantum*, o controle difuso de constitucionalidade de qualquer ato emanado do Poder Público.

Nesse sentido, trata Hugo Nigro Mazzilli (p.183, 2017):

[...] nada impede que, por meio de ação civil pública da Lei n. 7.347/85, se faça, não o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis, mas sim, seu controle difuso ou incidental. [...] assim como ocorre nas ações populares e mandados de segurança, nada impede que a inconstitucionalidade de um ato normativo seja objetada em ações individuais ou coletivas (não em ações diretas de inconstitucionalidade, apenas), como causa de pedir (não o próprio pedido) dessas ações individuais ou dessas ações civis públicas ou coletivas”

Com efeito, nota-se que, caberá controle difuso, em sede de ACP tão somente “[...] como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifica-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.⁴⁴ apontam como requisitos para que a ACP verse sobre o controle difuso de constitucionalidade:

a) que não se identifique na controvérsia constitucional o objeto único da demanda; b) que a questão de constitucionalidade verse e atue como simples

⁴³ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. - 12 ed. - São Paulo: Saraiva, 2017. p. 284.

⁴⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil - processo coletivo**. 3. ed. Salvador: Podium, 2015. p. 315.

questão prejudicial; c) a existência nos autos de pedido referente a relação jurídica concreta e específica; d) apresente-se como causa de pedir e não como pedido a matéria constitucional.

Com isso, os citados autores acima ressaltam duas significativas conclusões: 1ª) que não haverá coisa julgada sobre a questão prejudicial (art. 467, III, do CPC) e; 2ª) a inocorrência de exclusão da norma impugnada *incidenter tantum* do ordenamento de direito positivo.

Mas ressalta-se que a inconstitucionalidade na ACP não pode ser objeto principal do pedido, ou seja, o ajuizamento da ACP deve preceder pedido outro, que não a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, sendo que referida inconstitucionalidade só poderá ser considerada causa de pedir.

Por conseguinte, a jurisprudência do STF “[...] exclui a possibilidade do exercício da ação civil pública, quando, nela, o autor deduzir pretensão efetivamente destinada a viabilizar o controle abstrato de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo (RDA 206/267, Rel. Min. Carlos Velloso — Ag. 189.601 -GO (AgRg), Rel. Min. Moreira Alves). Se, contudo, o ajuizamento da ação civil pública visar, não à apreciação da validade constitucional de lei em tese, mas objetivar o julgamento de uma específica e concreta relação jurídica, aí, então, tornar -se -á lícito promover, *incidenter tantum*, o controle difuso de constitucionalidade de qualquer ato emanado do Poder Público⁴⁵.

Todavia, o efeito *erga omnes* poderá ocorrer na ACP com relação ao pedido, desde que seja um pedido de efeitos concretos e não um pedido de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Assim, conclui-se que há uma tendência no prevalecimento desse novo entendimento favorável na atualidade.

Após muita discussão, chegou-se ao consenso- inclusive no âmbito do próprio STF – de que é plenamente possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas, sim, como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público (STJ, Resp 437.277/SP, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 13-12-2004)⁴⁶.

Observa-se nessa linha alguns julgados da Suprema Corte:

⁴⁵ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. - 12 ed. - São Paulo: Saraiva, 2017. p. 285.

⁴⁶ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. - 12 ed. - São Paulo: Saraiva, 2017. p. 285.

JORNALISMO. EXIGÊNCIA DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, REGISTRADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. LIBERDADES DE PROFISSÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE 1988 (ART. 5º, IX E XIII, E ART. 220, CAPUT E § 1º). NÃO RECEPÇÃO DO ART. 4º, INCISO

V, DO DECRETO-LEI Nº 972, DE 1969. 1. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. ART. 102, III, "A", DA CONSTITUIÇÃO. REQUISITOS PROCESSUAIS INTRÍNSECOS E EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE. Os recursos extraordinários foram tempestivamente interpostos e a matéria constitucional que deles é objeto foi amplamente debatida nas instâncias inferiores. Recebidos nesta Corte antes do marco temporal de 3 de maio de 2007 (AI-QO nº 664.567/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), os recursos extraordinários não se submetem ao regime da repercussão geral. 2. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. O Supremo Tribunal Federal possui sólida jurisprudência sobre o cabimento da ação civil pública para proteção de interesses difusos e coletivos e a respectiva legitimação do Ministério Público para utilizá-la, nos termos dos arts. 127, caput, e 129, III, da Constituição Federal. No caso, a ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público com o objetivo de proteger não apenas os interesses individuais homogêneos dos profissionais do jornalismo que atuam sem diploma, mas também os direitos fundamentais de toda a sociedade (interesses difusos) à plena liberdade de expressão e de informação. **3. CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. A não-recepção do Decreto-Lei nº 972/1969 pela Constituição de 1988 constitui a causa de pedir da ação civil pública e não o seu pedido principal, o que está plenamente de acordo com a jurisprudência desta Corte. A controvérsia constitucional, portanto, constitui apenas questão prejudicial indispensável à solução do litígio, e não seu pedido único e principal. Admissibilidade da utilização da ação civil pública como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade. Precedentes do STF (STF, Tribunal Pleno, Recurso Extraordinário n. 511961/SP j. 17.06.2009, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-213 de 12.11.2009, grifo da autora).**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. OCUPAÇÃO DE LOGRADOUROS PÚBLICOS NO DISTRITO FEDERAL. PEDIDO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM DA LEI 754/1994 DO DISTRITO FEDERAL. QUESTÃO DE ORDEM. RECURSO DO DISTRITO FEDERAL DESPROVIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL PREJUDICADO. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal com pedidos múltiplos, dentre eles, o pedido de declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* da lei distrital 754/1994, que disciplina a ocupação de logradouros públicos no Distrito Federal. Resolvida questão de ordem suscitada pelo relator no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade da lei 754/1994 pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal não torna prejudicado, por perda de objeto, o recurso extraordinário. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que se pode pleitear a inconstitucionalidade de determinado ato normativo na ação civil pública, desde que *incidenter tantum*.** Veda-se, no entanto, o uso da ação civil pública para alcançar a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes*. No caso, o pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei 754/1994 é meramente

incidental, constituindo-se verdadeira causa de pedir. Negado provimento ao recurso extraordinário do Distrito Federal e julgado prejudicado o recurso extraordinário ajuizado pelo Ministério Público do Distrito Federal (STF, Tribunal Pleno, Recurso Extraordinário n. 424993/DF, j. 12.09.2007, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe-126 de 18.09.2007, grifo da autora).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONTROLE DIFUSO VERSUS CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. Proclamou o Supremo Tribunal Federal não ocorrer usurpação da própria competência quando a inicial da ação civil pública encerra pedido de declaração de inconstitucionalidade de ato normativo abstrato e autônomo, seguindo-se o relativo à providência buscada jurisdicionalmente - Reclamação nº 2.460-1/RJ. Ressalva de entendimento. **RECLAMAÇÃO - NEGATIVA DE SEGUIMENTO.** A contrariedade do pleito formulado a precedente do Plenário revela quadro ensejador da negativa de seguimento à reclamação. (STF, Tribunal Pleno, Reclamação n. 2687/PA, j. 23.09.2004, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 18.02.2005).

Por fim, se ressalte ainda que até nos dois anteprojetos do Código Brasileiro de Processo Coletivo - CBPC-IBPC, parágrafo único do Artigo 3º, e CBPC-UERJ-UNESA, parágrafo único do Artigo 2º⁴⁷ existe previsão expressa no sentido de “não se admitir ação coletiva que tenha como pedido a declaração de inconstitucionalidade, mas esta poderá ser objeto de questão prejudicial, pela via do controle difuso”.

7 NOVA FORMA DO EXERCÍCIO DO ATIVISMO JUDICIAL E DA JUDICIALIZAÇÃO VIA AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE

Antes de adentrar a temática referente a Ação Civil Pública, cumpre informar a diferença entre os termos judicialização e ativismo judicial.

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a

⁴⁷ GARJADONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos I.** São Paulo. Saraiva, 2015a.-(Coleção Saberes do Direito; 34). p. 99.

sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, p. 6).

Tendo em vista que incumbe ao Poder Judiciário, guardião da Carta Magna, proteger e determinar a efetivação dos direitos fundamentais, em especial, os de segunda e terceira dimensões, muitos dos quais, vale referir, são tuteláveis via Ação Civil Pública, diante disso é plenamente possível a promoção do ativismo judicial e da judicialização através de tal instrumento, inclusive são recorrentes os exemplos, um deles está no caso da aplicação da Teoria da Reserva do Possível, em que o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar casos que envolvem a teoria, já optou por sua aplicação ou não aplicação em sede de ação civil pública, a depender de análise do caso concreto⁴⁸.

Outro exemplo está nos recorrentes casos de fornecimento de medicamentos, no qual há o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça no sentido de permitir o bloqueio de recursos públicos em face do descumprimento de ordem judicial de acesso ao medicamento⁴⁹.

Mas quando a Ação Civil Pública foge ao seu panorama de atuação geral, como nos casos acima, que já são casos claros de ativismo judicial e versa sobre controle de constitucionalidade, seguindo a corrente doutrinária que aceita a possibilidade da declaração incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública, se tem mais um método do exercício do ativismo judicial e da judicialização, mas agora, em sede de controle e através da mesma Ação Civil Pública, o que recai no item (i) abaixo exemplificado:

⁴⁸ [...] Requer o Ministério Público do Estado do Paraná, autor da ação civil pública, seja determinado ao Município de Cambará/PR que destine um imóvel para a instalação de um abrigo para menores carentes, com recursos materiais e humanos essenciais, e elabore programas de proteção às crianças e aos adolescentes em regime de abrigo. (...) Ainda que assim não fosse, entendeu a Corte de origem que o Município recorrido "demonstrou não ter, no momento, condições para efetivar a obra pretendida, sem prejudicar as demais atividades do Município". No mesmo sentido, o r. Juízo de primeiro grau asseverou que a Prefeitura já destina parte considerável de sua verba orçamentária aos menores carentes, não tendo condições de ampliar essa ajuda, que, diga-se de passagem, é sua atribuição e está sendo cumprida [...] (STJ, REsp 208893 / PR ; T 2 - Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 22.03.2004, g. n.).

⁴⁹ [...] 1. A hipótese dos autos cuida da possibilidade de bloqueio de verbas públicas do Estado do Rio Grande do Sul, pelo não-cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos a pessoa portadora de doença grave, como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva da obrigação de fazer ou de entregar coisa. (arts. 461 e 461-A do CPC). 2. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per si, viola a Constituição Federal, pois a vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano. 3. A decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade. 4. O bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao sequestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, posto tratar-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz de ofício ou a requerimento da parte a determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica. [...] (STJ, Resp nº 874.630/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julg. 21.09.06, g. n.).

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: **(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;** (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, p. 6).

A origem do ativismo e da judicialização no Brasil é explicada por diversas hipóteses, mas no que diz respeito a Ação Civil Pública em sede de declaração incidental de inconstitucionalidade pode-se dizer que sua existência como forma de ativismo e judicialização está centrada na forte presença de cláusulas abertas (princípios e conceitos jurídicos indeterminados) na Constituição, as quais geram dúvidas no texto constitucional e demandam esforços interpretativos para além do que é legislado.

8 CONCLUSÃO

O controle de constitucionalidade é o mecanismo mais importante de um Estado de Constituição rígida, pois é através dele que se protege o texto constitucional, assim, a defesa de uma Constituição passa, fundamentalmente, pelo controle de constitucionalidade dos atos do poder público, além da proteção aos princípios fundamentais, às formas de Estado e de Governo e à garantia dos direitos individuais e coletivos.

Quando se fala em controle de constitucionalidade, deve-se ter em mente que ele pode ser realizado de muitas formas, cada uma com suas características e efeitos próprios. Desse modo, dentre todas essas formas há possibilidade do enquadramento de questionamento da constitucionalidade de leis a partir do instituto da Ação Civil Pública.

Desse modo, a Constituição Federal de 1988 além de prever espécies de controle jurisdicional de constitucionalidade apresentou no Artigo 129, inciso III, a Ação Civil Pública para a tutela dos interesses difusos e coletivos.

Salienta-se que a Constituição Federal de 1988, a partir do Artigo acima referido, ampliou a tutela desta ação, estabelecida primeiramente pela Lei n. 7.347/85.

Tem-se na Ação Civil Pública um dos instrumentos do microsistema processual coletivo, sendo um mecanismo habilitado a tutelar os direitos coletivos *lato sensu*, quais sejam, direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais e homogêneos, nos termos

dos artigos 1º, incisos I ao VI da Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e Artigo 82, parágrafo único, incisos I, II e III da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Tendo em vista as características da ACP somados ao Controle de Constitucionalidade, tratou-se aqui nessa análise da possibilidade da realização do controle de constitucionalidade através da Ação Civil Pública, matéria atual e controversa que divide os juristas brasileiros em geral.

Sob tal conjuntura, a principal dificuldade materializa-se ao relacionar às premissas atinentes ao controle concentrado/abstrato, por esse sentido, se o objeto da Ação Coletiva cuidar de um ataque a leis em tese, a fim de obter tão somente a declaração de inconstitucionalidade, haveria por configurada a usurpação de competência atribuída exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, consistente na possibilidade de deliberar sobre a constitucionalidade em abstrato de uma norma, mediante provocação por ação direta.

Nesse caso, a Ação Civil Pública estaria agindo como sucedâneo das ações diretas de constitucionalidade, conferindo a magistrados *a quo* o poder de afastar em caráter abstrato a aplicação de uma norma. A par da aberração jurídica que isso denota, tal cenário é amplamente rejeitado pela doutrina e pela jurisprudência, não tendo nenhuma aceitação prática.

Por outro lado, o controle difuso no âmbito da Ação Civil Pública detém certa aceitação doutrinária e jurisprudencial. Todavia, mesmo com a aceitação de alguns doutrinadores quanto ao seu emprego, tem-se como o maior expoente contrário, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

É apontada como maior objeção: as regras de competência aplicadas às ações coletivas atribuem ao juiz do local do dano a incumbência de julgar. Já que se assim fosse utilizada, a Ação Civil Pública instruiria ao juízo *a quo* a possibilidade para dirimir, no local do dano, acerca da constitucionalidade de uma lei em tese, podendo inovar o direito material/substantivo localmente, distinguindo-o do território nacional. Por essa hipótese cerca-se a aplicação tanto do ativismo jurídico como da judicialização.

Em contrapartida, a corrente favorável ao controle difuso na Ação Civil Pública encontra apoio em juristas como Fredie Didier Júnior, Hugo Nigro Mazilli e Kildare Gonçalves Carvalho. Essa possibilidade é correta desde que a arguição seja incidental, ou seja, apenas se integrar à causa de pedir, e não ao pedido, o que é uma nova forma do exercício do ativismo judicial e da via Ação Civil Pública.

Portanto, é imprescindível à fiscalização normativa admitida na Ação Civil Pública que o objeto do pedido da ação não seja a declaração de inconstitucionalidade normativa, mas apenas uma condição *incidenter tantum*, ou seja, uma conjuntura indispensável à análise do pedido principal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ANDRADE, Adriano; ANDRADE, Lindolfo; MASSON, Cleber. **Interesses Difusos e Coletivos**. - 3ª ed. - São Paulo: Método, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. - 6ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 18 de junho de 2019.

BERNARDES, Juliano Taveira. **Novas perspectivas de utilização da ação civil pública e da ação popular no controle concreto de constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_52/artigos/Art_Juliano.htm>. Acesso em: 05 de junho de 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. - 11. ed. - São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n.7347/85 (Ação Civil Pública)**. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 28 de maio de 2019.

_____. **Lei n. 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor)**. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 22 de maio de 2019.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo**. 16ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

CIANCI, Marina; ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual do controle da constitucionalidade**. – 1ª ed. - Saraiva.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado (comentário jurídicos e sociais)**. 7. ed. revista e atualizada (Comentários de Hugo Nigro Mazzilli). São Paulo: Malheiros Editores.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil - processo coletivo**. 3. ed. Salvador: Podium, 2015.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2015.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de Processo Coletivo**. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Ação Civil Pública: Comentários por artigo**. - 7ª Ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FILHO, Sylvio Clemente da Motta, SANTOS, William Douglas Resinente dos. **O Controle de Constitucionalidade: Uma abordagem teoria e jurisprudencial**. - 1ª ed. - Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

GARJADONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos I**. São Paulo. Saraiva, 2015a.-(Coleção Saberes do Direito; 34).

GARJADONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos II**. São Paulo. Saraiva, 2015b.-(Coleção Saberes do Direito; 35).

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. - 9ª. ed. - Salvador: Juspodivm, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. - 7. ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. - 12 ed. - São Paulo: Saraiva, 2017.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. - 2ª ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOUREIRO, Caio Márcio. **Ação Civil Pública e o Acesso à Justiça**. São Paulo: Editora Método, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed. revista, atualizada e ampliada, Malheiros Editores, 2016.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. **O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade: considerações sobre o papel da arguição de descumprimento de preceito fundamental**. [Dissertação-Mestrado]. Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Defesa em: 06/08/2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública, em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores (Lei n. 7.347/85 e legislação complementar)**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MAURO, Adalgiza Paula Oliveira. **Controle de constitucionalidade difuso no Brasil e alguns de seus aspectos polêmicos**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4937>. Acesso em: 05 de junho de 2019.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** - 26ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **O inquérito civil.** - 2. ed. - São Paulo: Saraiva, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.** - 25. Ed., - São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** - 20. ed. - São Paulo: Malheiros, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional.** - 10. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2016. - (Série IDP).

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** - 27. ed. - São Paulo: Atlas, 2018.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de constitucionalidade.** - 5. ed. - Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional.** - 6. ed. - São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** - 23. ed. rev. e atual. - Malheiros editores, 2015.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **O controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública.** Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/10951/o-controle-deconstitucionalidade-em-sede-de-acao-civil-publica> > Acesso em: 15 de junho de 2019.