

Daniel Adriano Araldi Martins

José Roberto Mello Porto



COLEÇÃO
sinopses
PARA CONCURSOS

Coordenação
Leonardo Garcia

56

AÇÕES CONSTITUCIONAIS

3ª
EDIÇÃO

REVISTA
ATUALIZADA
AMPLIADA

2023



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

Introdução

Embora a Constituição não seja um diploma primordialmente processual, decorrem dela instrumentos aptos a tutelar direitos trazidos pelo constituinte. A esses instrumentos dá-se o nome de **ações constitucionais**.

As ações constitucionais são um **gênero**, do qual são espécies: as ações coletivas, os remédios constitucionais, as ações do controle concentrado de constitucionalidade e a reclamação.

Ação coletiva é o meio jurisdicional de solução coletiva de conflitos. Em verdade, cuida-se do instrumento pelo qual se busca, junto ao Poder Judiciário, uma tutela coletiva. São ações coletivas a ação civil pública (**ACP**), a ação popular (**AP**), o mandado de segurança coletivo (**MS coletivo**), o mandado de injunção coletivo (**MI coletivo**) e o *habeas corpus* coletivo (**HC coletivo**).

Observação: Não trataremos especificamente, na presente obra, da ação de improbidade administrativa. Isso porque a ação de improbidade é uma espécie de ação civil pública. Ao analisarmos esse assunto, fizemos as observações que julgamos pertinentes sobre a ação de improbidade.

Observação: O MS coletivo e o MI coletivo são, também, espécies de remédios constitucionais. Além deles, recentemente, o STF admitiu o cabimento de HC coletivo. Essas ações, por serem simultaneamente ações coletivas e remédios constitucionais, foram abordadas dentro dos respectivos remédios constitucionais.

Os **remédios constitucionais**, por sua vez, são os meios de defesa, jurisdicionais ou não, dos direitos fundamentais. Embora a expressão seja criticada por alguns autores (Manoel Gonçalves Ferreira Filho) e celebrada por outros (André Ramos Tavares), é ampla a sua utilização pelos doutrinadores brasileiros.

Observação: Muitos autores limitam a expressão “remédios constitucionais” aos **meios jurisdicionais** de defesa dos direitos individuais, incluindo em seu rol tão somente os *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança, o mandado de injunção e a ação popular.

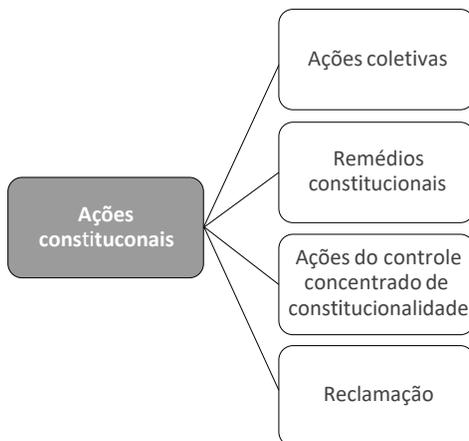
Adotamos, contudo, um conceito amplo de remédios constitucionais, de modo a incluir também o direito de petição, que é um meio não jurisdicional de defesa dos direitos individuais.

As **ações diretas de constitucionalidade**, por fim, são os instrumentos por meio do qual se exerce o controle concentrado-principal-abstrato de constitucionalidade.

No nosso sistema, o controle concentrado-principal de constitucionalidade de lei e atos perante o Supremo Tribunal Federal possui como ações: a ação direta de inconstitucionalidade (**ADI**), a ação declaratória de constitucionalidade (**ADC**), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (**ADO**) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (**ADPF**).

Temos, ainda, a **representação interventiva**, que como veremos mais adiante, também pode ser enquadrada dentro do controle concentrado de constitucionalidade perante o STF, embora se dê em concreto.

Por fim, há a possibilidade de controle principal e abstrato de leis e atos normativos estaduais e municipais frente a uma constituição estadual, por meio de **representação por inconstitucionalidade** que será julgada pelo Tribunal de Justiça respectivo.



Ação civil pública (ACP)

2.1. Natureza jurídica

A ação civil pública é a principal modalidade de **ação coletiva** prevista em nosso ordenamento. Para entender sua função, é importante entender que, ao exercer a função jurisdicional, o Estado busca garantir proteção a determinado bem jurídico, lesado ou ameaçado. Tal proteção, produto dessa atividade eminentemente estatal, é a **tutela jurisdicional**.

Em linhas simples, Daniel Assumpção afirma que a tutela coletiva é tutela voltada a proteção de determinados direitos materiais, **eleitos pelo legislador**. Em outras palavras, a tutela será coletiva quando o direito protegido for coletivo:

- **Por essência** (direitos metaindividuais – difusos e coletivos em sentido estrito); ou
- **Por opção legislativa** (direitos individuais homogêneos).

Podemos entender a tutela como gênero para resolver conflitos coletivos. Existem, atualmente, no ordenamento brasileiro, três **meios de solução coletiva de conflitos**, como ensinam Aluisio Mendes e Larissa Pochmann:

- 1) **Ações coletivas** (processos coletivos), do qual é espécie a ação civil pública;
- 2) **Instrumentos** de resolução de múltiplas demandas em **reduzida atividade jurisdicional**, que podem ser:
 - a. **Processos (causas) modelo**, quando o incidente dispensa o julgamento de um caso concreto, como em um IRDR em que o recorrente do processo principal desiste do recurso, de acordo com o art. 976, §1º, do CPC; ou
 - b. **Processos (causas) piloto**, quando existe o julgamento de um caso concreto, com extensão da *ratio decidendi* (fundamentos da decisão) para os demais casos similares.
- 3) **Meios extrajudiciais** de solução de conflitos coletivos.

A esse respeito, vale destacar que, indiretamente, o **STJ** já reconheceu os **incidentes de fixação de teses** como meios de tutela coletiva, ao reler o

funcionamento do microsistema de processos coletivos (art. 104 do CDC) à luz da sistemática dos recursos repetitivos, inserida no art. 543-C do CPC/73, sublinhando a obrigatória suspensão dos processos quando da afetação do tema para julgamento “por amostragem” – como será visto no capítulo referente à relação entre ações.

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUNDEP – 2019 – DPE/MG – Defensor Público)

No direito brasileiro, há duas espécies de processos jurisdicionais coletivos: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos, com objetivos distintos, mas cujos resultados devem ser analisados caso a caso para aferir a prejudicialidade entre a coisa julgada coletiva e a eficácia vinculante da tese jurídica.

A alternativa foi considerada *correta*.

2.2. Fundamento normativo

A ação civil pública é mencionada pela **Constituição** no art. 129, III, dentre as funções institucionais do Ministério Público.

► **O que diz a Constituição?**

CF: Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

O tratamento legal se dá, primordialmente, pela **Lei da Ação Civil Pública** (Lei 7.347/85), que foi inovadora quanto aos seguintes elementos, em relação ao parâmetro existente para a tutela coletiva até então:

- a) *Rol de direitos tuteláveis* (art. 1º): originalmente, de natureza taxativa, vez que vetada a menção a “qualquer interesse difuso”;
- b) *Rol de legitimados ativos* (art. 5º);
- c) *Previsão do inquérito civil* (arts. 8º e 9º);
- d) *Ministério Público como fiscal da lei* (art. 5º, §1º);
- e) *Assunção da ação pelo Ministério Público*, em caso de abandono (art. 5º, §3º).

Sua natureza é predominantemente processual, ressalvadas pontuais disposições de natureza penal (art. 10), cuja finalidade é fazer valer as requisições ministeriais instrutórias, e material (art. 13), ao criar o fundo para receber as condenações em dinheiro relativas a direitos difusos e coletivos.

É importante compreender que as normas de regência do processo coletivo foram **surgindo aos poucos**, formando um **microsistema de tutela coletiva**, também chamado de microsistema coletivo, minissistema coletivo, sistema único coletivo ou sistema integrado de tutela coletiva.

Trata-se de um conjunto de normas que, pela semelhança de suas finalidades, se aplicam reciprocamente, respeitadas, excepcionalmente, as peculiaridades de cada diploma específico. Na prática, a **LACP** e o **CDC** são o fundamento normativo da ação civil pública.

Esse microsistema é formado por dois tipos de norma:

- 1) **Núcleo duro**: diplomas legais aplicáveis a todas as espécies de ações, que são:
 - a. Lei da Ação Civil Pública; e
 - b. Código de Defesa do Consumidor (no seu Título III).
- 2) **Outras normas**, aplicáveis complementarmente, por:
 - a. Possuírem temática específica, como a Lei da Ação Popular, a Lei do Mandado de Segurança, a Lei de Improbidade Administrativa, o ECA;
 - b. Se aplicarem subsidiariamente, como o CPC.

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2018 – Polícia Civil/MA – Delegado de Polícia) O MP de determinado estado da Federação ajuizou uma ação civil pública por improbidade administrativa contra determinado servidor estadual.

Nessa situação hipotética, a ação civil pública deverá observar integralmente a regulamentação específica, não sendo possível a aplicação subsidiária do CPC.

A alternativa foi considerada *incorreta*.

Diante dessa concorrência de normas, surgem alguns questionamentos práticos, quando existe **conflito entre as leis** do microsistema.

Um primeiro questionamento é o seguinte: **entre a LACP e o CDC**, o que deve **prevalecer**? A doutrina aponta saídas variadas:

- 1) **Primeira corrente** (Fredie Didier, Hermes Zaneti, José dos Santos Carvalho Filho): prevalece a **LACP**, que, em seu artigo 21, remete ao CDC, “no que for cabível”;
- 2) **Segunda corrente**: prevalece o **CDC**, especialmente quando a matéria for de direito consumerista, inclusive porque tal diploma remete à LACP no seu artigo 90, “quando não contrariar suas disposições”;
- 3) **Terceira corrente** (Daniel Assumpção Neves): prevalece a **norma que potencializa a efetividade** da tutela coletiva e a proteção dos direitos em juízo.

Um segundo questionamento diz respeito ao choque **entre dispositivo do núcleo duro e outro em norma subsidiária**. De novo, a doutrina diverge, em algumas posições:

- 1) **Primeira corrente** (Fredie Didier, Hermes Zaneti): prioridade da **regra do núcleo duro**, uniformizando o tratamento;
- 2) **Segunda corrente** (Gregório Assagra de Almeida): prioridade da **lei específica** da matéria jurídica, prestigiando a vontade do legislador;
- 3) **Terceira corrente** (Daniel Assumpção Neves, Fernando Gajardoni): prioridade da **lei mais benéfica para a tutela**.

A jurisprudência não é definitiva quanto a tais questões. O **STJ**, por exemplo, por vezes trata a Lei da Ação Popular como regra geral (caso da remessa necessária) e, em outras, como lei específica.

► **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MPE/SC – 2019 – MPE/SC – Promotor de Justiça) O microsistema da tutela coletiva é o conjunto formado pelas normas processuais, materiais e heterotópicas sobre processo coletivo nas diversas normas jurídicas positivadas em nosso ordenamento jurídico.

A alternativa foi considerada *correta*.

2.3. Cabimento

Pode-se dizer que a ação civil pública possui como escopo **tutelar direitos coletivos em sentido amplo**.

Discute-se se se trataria de **interesses intermediários** entre os interesses privados e o interesse público, **ou** se seriam **direitos**. É possível enxergar três correntes:

- 1) **Primeira corrente** (Hugo Mazzilli): termo ideal é **interesse**, já que os objetos da tutela coletiva não se enquadram na conceituação de direito subjetivo, por pertencerem a uma coletividade e porque seus limites não são perfeitamente individualizáveis.
- 2) **Segunda corrente** (Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.): termo ideal é **direito**, por não existir utilidade na diferenciação e porque basta a ampliação do conceito de direitos para que se ultrapasse a concepção individualista que se quer evitar;
- 3) **Terceira corrente** (Kazuo Watanabe, Daniel Assumpção Neves, Ricardo Leonel): os termos são **sinônimos**, sendo ambos igualmente tuteláveis no processo coletivo.

Outra justificativa para a distinção pretendida por alguns autores está na experiência do **direito comparado**: na Itália, por exemplo, a proteção de interesses se resolve pelo contencioso administrativo (em face da Administração), enquanto os direitos são discutidos na justiça comum.

Na prática, os termos podem ser empregados como **sinônimos**, inclusive porque o próprio ordenamento, o **STF** e o **STJ** usualmente utilizam as expressões indistintamente.

► O que dizem a lei e a Constituição?

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

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

LACP: Art. 5º § 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos **interesses e direitos** de que cuida esta lei.

CF: Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: III - ao sindicato cabe a defesa dos **direitos e interesses** coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

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

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos **direitos** individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

2.3.1. Espécies de direitos coletivos

Com o Código de Defesa do Consumidor passou a existir, no ordenamento brasileiro, um conceito legal (art. 81, parágrafo único), envolvendo três modalidades de **direitos coletivos em sentido amplo** (*lato sensu*):

- a) Direitos difusos;
- b) Direitos coletivos em sentido estrito (*stricto sensu*);
- c) Direitos individuais homogêneos.

► O que diz a lei?

CDC: Art. 81 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.

A classificação feita pelo legislador leva em conta **três critérios**:

- a) **Subjetivo**:

- i. se o direito é transindividual ou individual; e
 - ii. se os titulares são determináveis ou não.
- b) **Objetivo:** se o direito é indivisível ou divisível, o que pode ser verificado através de dois testes:
- i. se o conflito exige tratamento unitário para todos os membros do grupo ou não;
 - ii. se o direito admite divisão cômoda ou não.
- c) **Origem:** se existia prévia relação jurídica ou não – também chamado fator de agregação.

Quanto ao **aspecto subjetivo**, existe uma grande indeterminação acerca de quem, verdadeiramente, é o titular do direito. Na doutrina, existem várias correntes:

- 1) **Primeira corrente** (posição coletivista – Fredie Didier, Hermes Zaneti, Daniel Assumpção Neves, Antonio Gidi, Teori Zavascki): o titular desses direitos é **toda a coletividade**, nos difusos, ou uma coletividade consistente **em um grupo, uma categoria ou uma classe**, nos coletivos. Ninguém é titular por possuir o direito isoladamente, mas apenas enquanto membro dessa coletividade.
- 2) **Segunda corrente** (posição individualista – Adriano Andrade, Landolfo Andrade, Cleber Masson): os titulares desses direitos são os **membros que compõem a coletividade**. O CDC, aparentemente, coloca como titular do direito as pessoas que compõem a coletividade.
- 3) **Terceira corrente** (Marcelo Abelha Rodrigues, Waldemar Mariz de Oliveira Júnior): os direitos pertencem a **ninguém e a todos ao mesmo tempo**. É uma posição que tenta ser conciliadora, sem, no entanto, resolver a questão.
- 4) **Quarta corrente** (José Maria Tsheiner): os direitos transindividuais **não pertencem a qualquer pessoa**, servindo o processo coletivo para tutelar o direito objetivo, semelhantemente a processos de controle de constitucionalidade, por exemplo.
- 5) **Quinta corrente** (Edilson Vitorelli): a avaliação deve se dar **em concreto**, ao se instaurar o litígio, e não em abstrato, fora do litígio, já que as correntes anteriores são insuficientes.

Por fim, **duas observações** são importantes, inclusive para solucionar várias questões de prova.

A **primeira**: uma boa dica é avaliar a espécie de direito com base nos pedidos formulados.

A **segunda**: na mesma ação coletiva, pode-se proteger direitos de diferentes espécies (**ação de tutela híbrida**, como reconhecido pelo STJ).

2.3.1.1 Direitos difusos

► O que diz a lei?

CDC: Art. 81 Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

l – 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.

Pode-se apontar, então, com base no CDC, que os direitos difusos são:

- a) **Transindividuais**, pertencentes a coletividade formada por sujeitos indeterminados e indetermináveis – ou seja, é desnecessária a especificação dos beneficiários da tutela na petição inicial;
- b) **Indivisíveis**;
- c) Decorrentes de **situação de fato (homogênea)** – ou seja, não existindo necessária relação jurídica anterior entre os membros ou entre cada membro e a parte contrária.

Um exemplo esclarecedor é o direito ao meio ambiente saudável, em todas as suas acepções, protegido quando se pretende cessar a poluição gerada por uma fábrica, já que o ar prejudicado será partilhado por toda a coletividade.

Passemos às **observações** que melhor explicam os critérios apontados acima.

Quanto ao **aspecto subjetivo**, dois elementos não estão evidenciados pela lei.

O primeiro é que a indeterminabilidade dos sujeitos que formam o agrupamento pode ser uma **indeterminabilidade relativa** (Barbosa Moreira), bastando que a determinação dos componentes se revele extremamente difícil e trabalhosa para que esteja atendido o requisito, como na veiculação de uma publicidade enganosa: os métodos para se aferir quantos assistiam, realmente, à transmissão não são totalmente precisos.

O segundo aspecto referente ao critério subjetivo, nesses direitos, é sua intensa **conflituosidade (litigiosidade) interna** (Rodolfo Mancuso), já que existe um natural entrelaçamento de massas de interesses dos membros que compõem o grupo, o que torna mais complexa a solução do litígio.

Por exemplo: na discussão relativa ao direito ambiental envolvendo uma construção de uma usina hidrelétrica, se contrapõem os desejos econômicos de diversos grupos, os anseios da comunidade local e da comunidade indígena eventualmente ali habitante.

Quanto ao **aspecto da origem**, vale sublinhar que pode até existir um vínculo jurídico, por vezes amplo, como a nacionalidade dos habitantes de determinado país, mas esse elemento é apenas **accidental** e não guarda relação direta com o objeto do litígio (Kazuo Watanabe).

2.3.1.2. Direitos coletivos

► O que diz a lei?

CDC: Art. 81 *Parágrafo único*. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

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.

Pode-se dizer que os **direitos coletivos** (em sentido estrito) são:

- a) **Transindividuais**, pertencentes a coletividade (grupo, categoria ou classe) formada por sujeitos indeterminados, porém determináveis;
- b) **Indivisíveis**;
- c) Decorrentes de situação na qual existe **relação jurídica base anterior**, que pode se dar:
 - a. Entre os membros do grupo, categoria ou classe;
 - b. Entre cada membro do grupo, categoria ou classe e a parte contrária.

Dois aspectos mudam, em relação aos direitos difusos: a **determinabilidade** dos membros e a **existência de vínculo jurídico anterior**.

Ambos acabam por estar **relacionados**, pois a possibilidade de determinação dos sujeitos beneficiários decorre, justamente, da relação preexistente, havendo um dado organizativo nesse grupo que o limita, em comparação com um direito de natureza difusa (Ricardo de Barros Leonel).

Uma boa forma de entender a **diferença** entre os dois tipos de direitos transindividuais, que não é nada clara, na prática, embora seja simples, na teoria (felizmente, cobrada em questões objetivas), é justamente entender que o direito difuso envolve um grupo mais fluido e sem vínculo jurídico relacionado com o conflito, enquanto o direito coletivo envolve uma parcela específica dessa coletividade geral: um grupo, uma categoria ou uma classe.

É importante trazer o alerta de parte da doutrina (Kazuo Watanabe, Daniel Assumpção Neves) de que **a relação jurídica base não se confunde com a relação jurídica controvertida** (lesão ou ameaça de lesão ao direito coletivo). Na analogia de Barbosa Moreira, ocorre o mesmo que com um condomínio: existe uma relação jurídica anterior entre os membros, que não é a mesma levada a juízo, ainda que dela decorra.

Por outro lado, na comparação com a outra espécie de direito tutelado pelo microsistema, os direitos individuais homogêneos, é fundamental entender que o direito coletivo **não é a reunião de interesses individuais**. O elemento da **indivisibilidade** é crucial.

Nem por isso a distinção é simples. Vários exemplos trazidos pela doutrina para os direitos coletivos não convencem. Um deles é o dos alunos que,

guardando cada um deles relação jurídica prévia com a escola ou faculdade, ingressam em juízo para evitar o aumento da mensalidade (Daniel Assumpção). Outro é o da proibição da retirada de autos em cartório por advogados (Fredie Didier, Hermes Zaneti), que atinge categoria profissional específica, cujos membros guardam vínculo jurídico anterior, uns com os outros através da OAB.

Nada impede, ao ver de outra parcela da doutrina – na qual me incluo – que cada um deles ajuíze sua ação individual, resolvendo sua relação destacadamente com a parte contrária.

Por sua vez, parece correto o exemplo do pedido da associação atinente à adequação da grade curricular aos novos parâmetros do Ministério da Educação para a validade e o credenciamento do curso, porque a relação material é apenas uma, não sendo possível existir uma base curricular para um aluno e outra para os demais.

Da mesma forma, acontece com o meio ambiente do trabalho, que afeta uniformemente uma categoria profissional.

Na jurisprudência, o **STJ** já reconheceu, como exemplo de direito coletivo, o de determinado grupo de ser contemplado com vagas reservadas em concurso público.

2.3.1.3. Direitos individuais homogêneos

► O que diz a lei?

*CDC: Art. 81 Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.*

De acordo com o CDC, os **direitos individuais homogêneos** são:

- a) **Individuais**, pertencentes a sujeitos determinados ou, ao menos, determináveis;
- b) **Divisíveis**;
- c) Decorrentes de uma **origem comum**, que pode ser de fato ou de direito (relação jurídica), sem que haja necessidade de identidade temporal ou factual – ou seja, podendo atingir sujeitos em momentos diversos (por exemplo, uma publicidade enganosa veiculada repetidamente). Essa origem comum pode ser:
 - a. **Próxima**: quando a causa dos danos é diretamente comum (queda de um mesmo avião, por exemplo);
 - b. **Remota**: quando a origem comum está mais afastada do fato ensejador do dano (produto nocivo à saúde, que pode ter prejudicado