

A INTERPRETAÇÃO DO OBJETO DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: ALCANCE E REFLEXOS SOBRE AS RESTRIÇÕES À LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

THE INTERPRETATION OF THE OBJECT OF THE PUBLIC CIVIL ACTION LAW FROM THE PERSPECTIVE OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES: SCOPE AND CONSEQUENCES ON THE RESTRICTIONS OF PROCEDURAL LEGITIMACY ACTIVE OF THE PUBLIC PROSECUTION SERVICE

Aline Paula Picone

alpicone@hotmail.com

Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Ex-estagiária do Ministério Público do Estado de São Paulo. Advogada.

RESUMO

O presente estudo procura estabelecer a abrangência e o alcance do objeto da Lei da Ação Civil Pública, a partir da interpretação do direito-garantia fundamental de acesso à justiça, considerado em sua multifuncionalidade, de acordo com a extensão material do catálogo de direitos fundamentais. Possível, sustentar como decorrência dessa interpretação a inconstitucionalidade da restrição à legitimidade ativa do Ministério Público, para a propositura de Ações Cíveis Públicas, prevista no parágrafo único da mesma lei, com vistas à proteção ao núcleo de direitos fundamentais sociais, ou de uma perspectiva objetiva, diante da inconstitucionalidade da restrição à atuação do Ministério Público, concebido enquanto garantia institucional fundamental.

PALAVRAS-CHAVE

Lei da Ação Civil Pública. Objeto. Direitos e garantias fundamentais. Ministério Público.

ABSTRACT

This study seeks to establish the extent and scope of the object of the Law of Public Civil Action, based on the interpretation of the right-fundamental guarantee of access to justice, considered in its multifunctionality, according to the material extension of the catalog of fundamental rights. Possible to sustain as a result of this interpretation is unconstitutional restriction of active legitimacy of the public prosecution service for bringing public civil actions under paragraph one of the same law, with a view to protecting the core of fundamental social rights, or an objective perspective, on the constitutionality of restricting the actions of the prosecutors, conceived as fundamental institutional guarantee.

KEYWORDS

The Public Civil Action. Object. fundamental rights and guarantees. Public Prosecution Service.

SUMÁRIO

Introdução. 1. A interpretação do direito fundamental de acesso coletivo à Justiça sob a perspectiva Constitucional atual. 1.1 A fundamentalização do direito de acesso coletivo à justiça no contexto da formação dos sistemas jurídicos contemporâneos ocidentais. 1.2 Reflexos da formação estrutural do Estado de Direito sobre a concepção liberal de processo e de legitimação processual. 1.3. O Estado Social e Democrático de Direito: contexto histórico e fundamentos para uma interpretação neprocessualista do direito-garantia fundamental de acesso coletivo à justiça. 2. A abrangência e o alcance do objeto da Lei de Ação Civil Pública à luz do sistema de proteção aos Direitos Fundamentais. 3. A inconstitucionalidade da restrição ao objeto da ação civil pública. 4. O Ministério Público como garantia institucional fundamental e sua legitimidade ativa para a ação civil pública. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Diante do atual estágio de desenvolvimento dos direitos humanos, a interpretação do objeto material e processual do processo coletivo infraconstitucional, disciplinado pela Lei nº 7.347/1985 necessita estar em consonância com uma interpretação aberta e flexível do sistema de direitos fundamentais.

Entretanto, embora uma análise do objeto da Lei da Ação Civil Pública nessa perspectiva seja tendente à ampliação de seu espectro de abrangência, a matéria comporta restrições de índole infraconstitucional, que restringindo direitos fundamentais, irradiam efeitos sobre a legitimidade processual, incidindo principalmente sobre a essência da atribuição de uma garantia institucional fundamental: o Ministério Público.

A proposta de releitura do problema na perspectiva jusfundamental enriquece a argumentação em torno da inconstitucionalidade e proibição do retrocesso quanto à restrição à tutela coletiva e limitação à legitimidade ativa do Ministério Público.

1. A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO COLETIVO À JUSTIÇA SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL ATUAL

1.1. A fundamentalização do direito de acesso coletivo à justiça no contexto da formação dos sistemas jurídicos contemporâneos ocidentais

A disciplina dos direitos humanos, tal qual é posta em debate nos dias atuais decorre da afirmação histórica do reconhecimento universal dos princípios e valores norteadores da proteção à dignidade da pessoa humana em todos os seus aspectos, tem por marco inicial a formação do Estado de Direito e seu desenvolvimento, se processa em três etapas: conversão em direito positivo, generalização e internacionalização¹.

Com efeito, a etapa de conversão dos direitos humanos em direitos positivos verifica-se em uma universalidade abstrata², precedente à formação do Estado de Direito, em paralelo à fixação de limites ao exercício do poder, perspectiva na qual se justificou também algumas das primeiras expressões do acesso coletivo à justiça, em diversos momentos ao longo da história.

Nesse sentido, e intrinsecamente vinculada ao exercício de cidadania, Ricardo de Barros Leonel atribui a origem remota das ações coletivas à ação popular romana, exceção à regra da legitimidade ativa para a defesa do interesse próprio, por

1 BOBBIO, N. *A era dos direitos*, 8. ed., Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2004, p. 26.

2 *Ibidem*, p. 19.

meio da qual se permitia a defesa pelo cidadão de interesse da coletividade, pela via da propositura de uma ação particular, na hipótese de dano ao interesse coletivo ou ao patrimônio público resultante de delitos ou quase delitos³.

Esclarece o autor que, não se tratando, o mérito da ação popular romana da defesa de interesse público puro por parte do Estado, também não correspondia à defesa de interesse particular, podendo, portanto, ser associado a uma manifestação embrionária da defesa em juízo de interesses difusos⁴.

Mais tarde, após a queda do império romano o fenômeno da defesa coletiva de interesses em juízo manifestou-se no bojo da reestruturação política na Europa Ocidental Medieval que deu origem as duas principais “famílias de direito” contemporâneas, a família de direito romano-germânico e a família de direito da *common law*.

A formação da família de direito romano-germânica ocorreu na Europa Continental, partindo da instauração de um modelo de feudalismo, no qual o predomínio da autoridade real foi imposto gradativamente sobre os costumes locais e teve por fato marcante a retomada dos estudos de Direito Romano havida no século XIII, de forma corporativa nas Universidades, dedicados à elaboração de um sistema jurídico fundado em critérios de justiça e materializados em normas gerais e abstratas, restando pouco interesse pelo estudo do processo⁵.

Em razão disso, no Continente acentuou-se o desenvolvimento do caráter substantivo das normas jurídicas, mantida a competência plena das jurisdições tradicionais durante a feudalização, fator que contribuiu para a evolução do processo, segundo o direito canônico, considerando a necessidade de realização metodológica da justiça, inspirada no direito romano⁶.

Por outro lado, na Europa insular, a partir da conquista Normanda no ano de 1066, o feudalismo que pôs termo ao período tribal desenvolveu-se em torno da imediata centralização do Poder na figura do monarca inglês, que passou a buscar a unificação da lei aplicável a toda a Inglaterra em substituição ao direito costumeiro.

Esse fenômeno refletiu-se especialmente na construção de um Sistema Judiciário preponderantemente instrumentalizador da política do reino, na medida em que sua competência limitava-se ao exame das demandas mais relevantes, normalmente relacionadas à Justiça Penal e aos litígios envolvendo as finanças reais e as propriedades na Inglaterra, mantendo-se, de início, a competência de Cortes Locais e Comerciais em matéria privada, bem como, a competência de Cortes Eclesiásticas e Cortes Senhoriais, resguardando-se, em princípio, a autoridade local dos senhores feudais⁷.

Além da restrição em razão da matéria, o sistema de administração da justiça inglês condicionava o exame das controvérsias pelas Cortes Reais, à expedição por

3 LEONEL, R B. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 40

4 *Ibidem*, p. 40.

5 DAVID. R. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. (trad.) Hermínio A. Carvalho, 4. ed. São Paulo: Martins Fontes: 2002. (coleção Justiça e Direito), p. 23 e p. 35.

6 DAVID. R. *op. cit.*, p. 369.

7 DAVID. R. *op. cit.*, p. 360-361.

um Oficial da Coroa (*Chancellor*), de uma ordem (*writ*), obtida após prévia verificação da adequação do pedido do autor ao respectivo modelo de ação (*remede*), seguindo do pagamento da taxa correspondente⁸.

A partir dessa estrutura desenvolveu-se na Inglaterra um sistema jurídico, voltado predominantemente para a solução dos litígios, independentemente da análise do mérito e do conteúdo da sentença, para o qual "*remedies precedes rights*".

No século XIII, ainda no período histórico de formação da *Common Law*, demandas propostas por uma comunidade de aldeões em face dos Senhores, tendo por objeto controvérsias acerca da administração das terras dos feudos, ou ainda litígios entre uma coletividade de fiéis e os vigários, nos quais se discutia o pagamento de dízimos, bem como, ações propostas por corporações tratando do pagamento de tributos ou arrendamentos fixados pela autoridade local ou pelo Senhor, são apontadas por Stephen Yeazel como antecedente remoto das ações coletivas⁹.

Márcio Flávio Mafrá Leal analisa essa interpretação histórica do ponto de vista processual sustentando que, em razão da coesão do grupo medieval, o membro da comunidade que figurava como autor da ação não representava o direito de vários indivíduos, mas o direito de uma coletividade sem personalidade jurídica, motivo pelo qual, a ação coletiva medieval teria originado no direito moderno a modalidade de demanda coletiva dirigida à defesa judicial dos interesses de difusos de uma comunidade, cujos membros são indetermináveis¹⁰.

É interessante observar também que, mesmo diante da estruturação do sistema jurídico inglês, dirigida à aplicação prática do direito, a *group litigation* medieval chama a atenção no aspecto da preponderância do interesse judicial pela solução do mérito dos litígios¹¹.

Ademais, no contexto sociopolítico da Idade Média, ainda marcado pela fragmentação do poder político, o mérito de algumas das demandas, revela importância para além do âmbito processual, no sentido da possibilidade de se reconhecer nas ações coletivas intentadas nesse período, um instrumento utilizado no interesse coletivo, tendo por finalidade a imposição de limites ao poder de tributar, posteriormente opostos ao Estado nas primeiras declarações que reconheceram os direitos fundamentais em sua primeira dimensão.

Progressivamente, o interesse financeiro do Chanceler e dos juízes reais em avocar para a Coroa maior número de litígios, somado ao crescimento da procura pelos particulares acarretou a perda de importância das demais jurisdições, [inclu-

8 *Ibidem*, p. 362,

9 Yazeall, S. C. *From medieval group litigation to the modern class action*, New haven and London, Yale University Press, 1987, p. 21, *Apud*, LEAL, M. F. M. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 22.

10 Leal, M. F. M. *op.*, *cit.*, p. 24-25.

11 No mesmo sentido, sustentando que as demandas coletivas medievais preocupavam-se com o mérito dos litígios, Mendes, A. G. C. *Ações coletivas no direito comparado e nacional – coleção temas atuais de direito processual civil*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 39.

sive senhoriais], em detrimento da extensão da competência das Cortes Reais¹², unificadas no Tribunal Real da *Common Law*, em Westminster, havendo também, em razão disso, um aumento expressivo na outorga de *writs*.

Em consequência, teve início o processo de enfraquecimento do direito privado, que culminaria na sua extinção no Direito Inglês, para o qual, todas as questões adquirem conotação de direito público, tendo por escopo o resguardo dos interesses da Coroa¹³, aspecto que justificaria ainda a constituição pelo rei, de um advogado encarregado da representação judicial de seus interesses, fato apontado como origem do Ministério Público nos países da família da *common law*¹⁴, embora, atualmente se sustente a inexistência dessa instituição particularmente no Direito Inglês¹⁵.

Paralelamente, no sistema romano-germânico, entre os séculos XIII e XIV, a busca pelo fortalecimento da soberania dos reis, contraposta a progressiva autonomia alcançada pelos Tribunais, por vezes colidente com os interesses da Coroa, também ensejou concomitantemente, nos países da Europa Continental a origem do Ministério Público, na nomeação de procuradores pelos soberanos, para a defesa de seus interesses perante o Judiciário¹⁶.

Dessa forma, observa-se que, embora a formação dos sistemas jurídicos dos diversos Estados pertencentes a cada “família de direito” tenham evoluído para a consolidação de instituições substancialmente distintas, o Ministério Público, genericamente considerado é uma instituição vinculada, desde a sua origem à defesa do interesse público, hoje particularmente compreendido, em suas várias acepções, nos diferentes países, contudo, no período medieval, vinculado à defesa dos interesses da Coroa.

12 DAVID. R. op., cit., p. 361.

13 Ibidem, p. 368.

14 Nesse sentido, esclarece Luis Roberto PROENÇA, que, trata-se da indicação do advogado Lawrence del Brok, para a função de Procurador do Rei (*Kings Attorney*), em meados do século XIII, tendo por atribuições: o ajuizamento de demandas perante as Cortes Inglesas, objetivando a cobrança de aluguéis e a retomada de terras de propriedade da Coroa, bem como a postulação em juízo no interesse do Rei em litígios em face da Igreja ou visando à punição por desobediência ou desacato às ordens de funcionários reais, “(...) além de deter poderes de investigação em crimes de maior gravidade” *Participação do Ministério Público no processo civil nos Estados Unidos da América* in, FERRAZ, A. A. M. C. (coord.) *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 212.

15 PROENÇA, L. R. op. cit., p. 212.

16 Mazzilli, H. N. *Regime jurídico do Ministério Público: análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público Paulista*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 38. Ensina ainda o autor que, “nesse sentido, embora a origem do Ministério Público na Europa Continental seja ordinariamente apontada no Sistema Judiciário Francês, do Século XIV, invocando-se, para tanto, a Ordenança de 23 ou 25 de março de 1303, do rei Felipe IV, o Belo, o primeiro ato legislativo a tratar da instituição, a doutrina especializada costuma chamar a atenção para a existência de indícios, no sentido de sua preexistência, da mesma forma que, em Portugal, embora normalmente faça-se referência às Ordenações Manuelinas, como origem do Ministério Público, é possível localizar sua origem na instituição do cargo permanente de Procurador da Coroa, pelo Rei D. Afonso III”, p. 39-40.

Em meio à estruturação dos sistemas jurídicos, o processo de afirmação da soberania real sobre a autoridade da igreja bem como, sobre os domínios dos barões desencadeou tensões políticas na Europa Ocidental, das quais resultaram diversas declarações contendo os primeiros sinais do surgimento da democracia moderna, pela imposição de limites aos poderes dos monarcas, manifestados na atribuição de “direitos”, melhor caracterizados como privilégios outorgados pelos reis, em favor desses estamentos, com importantes reflexos sobre a determinação do conteúdo dos direitos humanos e fundamentais.

Destacaram-se como documentos dessa natureza, no sistema romano-germânico, as Cartas Franquia e os Forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis¹⁷ e no sistema da *Common Law*, a Magna Carta, outorgada em 1215 pelo rei João Sem-Terra, em favor dos barões ingleses, declaração que trouxe em seu conteúdo o reconhecimento e a fundamentalização das liberdades civis clássicas como: o *habeas corpus*, o devido processo legal e o direito de propriedade¹⁸ bem como, a proibição de cobrança de tributação injusta aos comerciantes.

Pouco depois, ao passo que, com o advento da escola dos pós-glosadores, a família de direito continental desenvolvia-se no sentido da sistematização das normas de direito romano e de direito comum¹⁹, na Inglaterra, o excesso de formalismo do sistema processual imposto pelos Tribunais da *Common Law* evidenciava sua estagnação diante da dificuldade enfrentada pelos juízes quanto à necessidade de flexibilização das decisões a serem proferidas nos litígios submetidos à sua apreciação.

Em resposta a esse fenômeno, o sistema inglês admitia a apresentação de recurso pelo prejudicado ao próprio rei que delegava esta prerrogativa ao Chanceler, o qual decidia por equidade, segundo critérios fundados no Direito Romano e no Direito Canônico, paulatinamente sistematizados em um conjunto de regras jurídicas, que observa os preceitos da *Common Law*, (“*equity follows the law*”), sendo, contudo, aplicadas como forma de correção às injustiças eventualmente verificadas em suas decisões.

A reiteração dessa prática ensejou a institucionalização de uma jurisdição própria em matéria Cível, denominada “*Equity*” que persistiu como Jurisdição concorrente à *Common Law* até o estabelecimento da competência de cada uma delas no século XVII, a partir de quando o sistema Inglês passa a compreender um período de coexistência entre ambas, que perdura até o período moderno, iniciado pelos *Judicature Acts* de 1873-1875, com a atribuição da competência a todas as jurisdições inglesas, para a aplicação de normas de *Common Law* ou de normas de *Equity*, conforme o caso concreto.

17 SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, nota 57, p. 41.

18 SARLET, I. W. *op. cit.* p. 41.

19 DAVID. R. *op.*, *cit.*, p. 44-45.

A atenuação do formalismo característico dos procedimentos em trâmite nos Tribunais da Common Law pelo procedimento empregado na *Equity* permitiu, segundo Márcio Mafra Leal, o emprego do *Bill of Peace*, instrumento processual apontado como origem das ações coletivas, por parte da doutrina especializada que, em síntese, consistia em uma autorização para processamento coletivo de uma ação individual, postulando, diante da existência de interesses comuns, tratamento uniforme aos distintos direitos individuais dos envolvidos²⁰.

Esse mecanismo processual, que segundo o mesmo autor poupava tempo, na medida em que evitava a multiplicação de processos na *Common Law*, e ainda acarretava economia financeira ao autor, em razão da diminuição dos custos com a propositura de várias demandas individuais, teria originado as ações coletivas em sentido estrito e as ações para a defesa de interesses individuais homogêneos, que tratam de diversos direitos individuais, considerados coletivamente, mediante a representação de um terceiro²¹.

Entretanto, é importante ressaltar que, enquanto a ação popular romana, e as ações coletivas medievais, apontadas como origem da defesa de interesses difusos manifestaram sua importância como instrumentos de imposição de limites aos governantes o *Bill of Peace* desenvolveu-se como medida de redução de custos e de celeridade processual.

Além disso, da perspectiva do desenvolvimento do acesso coletivo à justiça como categoria pertencente aos direitos humanos, considerados enquanto medida protetiva de direitos subjetivos, no período medieval, é possível sustentar, o reconhecimento de uma fundamentalização²² desse direito, em sua universalidade abstrata, anterior à primeira dimensão dos direitos fundamentais, notadamente diante dos pactos e da Magna Carta.

E postas estas questões preliminares, tomando por base os exemplos apontados pela doutrina especializada acerca da origem das ações coletivas, curiosamente ainda é possível observar, por fim, que algumas das primeiras manifestações do acesso coletivo à justiça, que ocorreram no bojo da afirmação histórica dos direitos fundamentais já na Idade Média, curiosamente, tratavam, no mérito, de defesa coletiva de interesses de contribuintes, cuja legitimação ativa tem sido motivo de controvérsia na atualidade.

1.2. Reflexos da formação estrutural do estado de direito sobre a concepção liberal de processo e de legitimação processual

Avançando um pouco mais em uma perspectiva histórica, na Europa insular, ao final do século XVII, em meio à ascensão do individualismo e do jusnaturalismo,

20 LEAL, M. F. M. op. cit., p. 22-23.

21 LEAL, M. F. M. op. cit., p. 25.

22 A expressão “fundamentalização” é de Ingo Wolfgang SARLET e, como adverte o autor, não se confunde com fundamentalidade formal dos direitos já consagrados em constituições escritas, op. cit., p. 43.

a aceitação da Declaração de Direitos ("*Bill of Rights*"), proposta pelo Parlamento ao monarca Inglês, após a Revolução Gloriosa de 1689, lançou as bases da monarquia constitucional na Inglaterra e representou um marco histórico da decadência do absolutismo Europeu.

Por meio do *Bill of Rights* foi instituída na Inglaterra a tripartição de poderes, organizados em Poder Legislativo conferido ao Parlamento e que abarca o exercício da função jurisdicional, Poder Executivo, cuja função é a aplicação da lei e o Poder Federativo, encarregado de relações externas, relacionadas à guerra e paz, estes poderes, ainda conferidos ao monarca, que também detinha a chamada prerrogativa, correspondente à possibilidade da intervenção do Executivo, em caso de inexistência de previsão legal, origem do direito de petição, constante das constituições ocidentais modernas²³.

O modelo de organização Estatal proposto com o *Bill of Peace*, embora inspirado na concepção Lockiana, menos restritiva como forma limitativa do poder real em relação à tripartição de poderes francesa, consagra a representatividade popular, ainda que restrita aos estamentos representados no Parlamento, bem como, a submissão dos poderes à *Rule of Law*²⁴, (regra de direito), além de reafirmar direitos individuais, consolidando o Parlamento Inglês como expressão da separação de poderes, primeira garantia institucional da proteção de direitos fundamentais perante o Estado²⁵.

Em âmbito processual, ainda nesse período histórico, o individualismo fundamentador do reconhecimento da legitimidade do exercício do poder político pela participação popular projetou-se sobre o processo civil inglês no aspecto da restrição da legitimação para ser parte a pessoas físicas, em defesa de interesse próprio e a pessoas jurídicas, em respeito ao direito individual de disposição sobre o próprio patrimônio, bem como, em observância à cláusula do devido processo legal, correlata ao direito de participação no processo²⁶.

Diferentemente do que ocorria com a legitimação tácita da representação coletiva pela coesão do grupo na ação medieval, como consequência das transfor-

23 BONAVIDES, P. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 48.

24 Nesse ponto, é necessário atentar para o fato de que, ao contrário da concepção romano-germânica de norma jurídica entendida como preceito geral de conduta, no direito inglês, a regra de direito (*Rule of Law*), à qual os poderes estão vinculados tem, predominantemente, natureza jurisprudencial (*case law*) e provém das decisões dos Tribunais Superiores da Common Law (*stare decisis*), restringindo-se ao caso submetido à apreciação.

Por outro lado, as normas formuladas pelo Poder Legislativo, representado pelo Parlamento (*statute law*, cuja forma mais importante é o *Act of Parliament*), funcionam como um adendo à jurisprudência, passando à condição de *Legal Rule* apenas quando efetivamente aplicadas a um caso concreto e tem, em relação à jurisprudência, um caráter subsidiário, da mesma forma que as disposições regulamentares (*delegated legislatio*, ou *subordinated legislation*).

25 COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.105-106.

26 LEAL, M. F. M. op. cit., p. 35-36.

mações socioeconômicas modernas desencadeadas pelo desenvolvimento do comércio e pela urbanização, a dificuldade em identificar o compartilhamento de interesses entre membros de grupos informais conduziu à busca pela identificação do interesse comum entre os integrantes do grupo como pré-requisito para a representação coletiva, mediante consentimento dos representados, ou em razão da identificação do interesse do representante da classe com o interesse de seus membros²⁷.

Na América, o contexto socioeconômico decorrente de uma colonização inglesa não uniforme e que permitiu a adoção do sistema de direito romano-germânico por algumas de suas colônias, determinou a formação de um Estado Federal, erigido sob a doutrina da separação de poderes, esboçada na obra de Montesquieu e a estruturação de um sistema de direito misto, no qual predominou, embora de forma restrita, a aplicação do sistema da *Common Law*.

Além disso, e como afirma Fábio Konder Comparato, “contrariamente ao princípio da soberania parlamentar que prevaleceu na Inglaterra”²⁸, foi o pensamento sociopolítico norte americano que, inaugurou o constitucionalismo ocidental, firmado no reconhecimento da supremacia da Constituição Norte Americana de 1787, como consequência direta da afirmação da soberania do país, ao que se seguiu a positivação constitucional de uma Declaração de Direitos (*Bill of Rights*).

Um século depois, embora se destaque ainda a importância da contribuição norte americana para o constitucionalismo moderno, em meio à acentuação do individualismo e à ascensão da burguesia ao poder, a Revolução Francesa, de 1789, inaugurou a proteção aos direitos humanos por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Ademais, a Revolução Francesa trouxe consigo a constituição do regime político do Estado de Direito, erigido segundo a perspectiva esboçada por Montesquieu sob o princípio da separação dos poderes divididos em Poder Legislativo, Poder executivo e Poder Judiciário, submetidos à lei, por sua vez norteadas pelos valores expressos com a positivação dos direitos humanos. estabelecidos em sua segunda fase de desenvolvimento, em uma universalidade concreta²⁹, materializada no reconhecimento constitucional no âmbito de cada Estado, dos direitos fundamentais de primeira dimensão.

Com efeito, a primeira dimensão dos direitos fundamentais refletia a ideologia liberalista inerente aos interesses da classe burguesa detentora do poder, caracterizando-se, em razão disso, pela positivação das disposições declaratórias de direitos civis e políticos, na função de direitos de defesa das liberdades individuais, em oposição à intervenção do Estado, do qual se passa a exigir, uma conduta abstencionista, no que se refere à interferência na esfera privada e no domínio econômico.

27 Ibidem, p. 35.

28 COMPARATO, F. K. op. cit., p. 125.

29 Nesse sentido, reconhecendo a universalidade concreta dos direitos humanos a partir da positivação dos direitos humanos em cada Estado, BOBBIO, N. op. cit., p. 19.

Na mesma perspectiva figura também a proteção às garantias constitucionais fundamentais, cujo conceito, tomado em sentido lato, abarca as garantias da Constituição, (Judiciário independente e limites à reforma constitucional) ³⁰ e, em sentido estrito, abrange as disposições assecuratórias dos direitos fundamentais (garantias fundamentais) e os direitos-garantia, categoria na qual se compreendem as disposições que contém no mesmo preceito um direito fundamental, seguido da respectiva garantia, bem como os remédios constitucionais ³¹.

Contudo, a análise dos direitos fundamentais pode voltar-se ainda ao aspecto da situação (*status*) ocupada pelo indivíduo, perante o Estado, em função desses direitos.

Sob essa ótica, o estudo do publicista alemão Georg Jellinek, ao final do século XIX identificava quatro posições do cidadão perante o Estado: o *status passivo* ou *status subjeccionis*, relativo à situação de sujeição do indivíduo ao poder Estatal, na qualidade de detentor de deveres e não de direitos; o *status negativus* ou *status libertatis*, que concerne à oposição legal da liberdade individual, limitativa do poder Estatal, o *status positivus* ou *status civitatis*, ao qual corresponde a possibilidade do indivíduo utilizar-se das instituições estatais e exigir do Estado prestações positivas, e o *status ativo* ou *status* da cidadania ativa, relativo aos direitos de participação política do cidadão ³².

Em princípio, de acordo com Paulo Bonavides, os direitos fundamentais, na função de direitos de defesa enquadram-se na categoria do *status negativus* de Georg Jellinek³³. Entretanto, quanto ao direito-garantia fundamental de acesso à justiça, em uma releitura moderna da teoria de Jellinek, Peter Häberle, com vistas à efetivação desse direito, propõe uma extensão do *status* ativo do cidadão a um *status activus processualis*, melhor enquadrado dentre os direitos a prestações estatais e, correspondente à possibilidade de participação do cidadão na formação da vontade política Estatal, por meio do processo³⁴.

Aliás, nesse passo, vale observar ainda que o decorrer do século XIX ainda assistiu a construção do sistema jurídico norte americano que consagrou a doutrina da revisão judicial (*Judicial Review*), correspondente à possibilidade de controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, que possibilita a justiciabilidade dos direitos fundamentais, característica incorporada pelo constitucionalismo brasileiro e, atualmente, um importante instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais, notadamente, na disciplina do processo coletivo moderno.

30 SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional positivo*, 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.412.

31 SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional positivo*, op., cit., p. 533. Nesse sentido mencionando ainda os remédios constitucionais e o acesso coletivo à justiça como direitos-garantia SARLET, I. W. op. cit., p. 180.

32 SARLET, I. W. op. cit., p. 157 e ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. (trad.) Virgílio Afonso da Silva, 2. ed. Malheiros, 2011. (Coleção Teoria & Direito Público), p. 255.

33 BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit. p. 564.

34 SARLET, I. W. op. cit., p. 194.

No campo processual, desde o final do século XVIII, ao passo que no contexto do individualismo, a utilização das ações coletivas diminuía no direito inglês, de acordo com Ricardo de Barros Leonel, à época, o instituto tinha também aplicação restrita no sistema jurídico norte americano, às demandas fundamentadas na equidade, em razão da origem inglesa na *Equity* ³⁵.

Esse sistema, explica o autor, perdurou até a disponibilidade do instituto para os juízos de *Law and Equity*, a partir da unificação dessas competências no direito norte americano, ocorrida no século XIX, ³⁶ sendo que, desde então, seguiu-se um período de estagnação da utilização das ações coletivas até sua retomada em meados do século XX, em paralelo ao desenvolvimento do modelo individualista de processo, que influenciou, inclusive, a disciplina do Sistema Processual Civil Brasileiro, baseada na defesa de direito individual em nome próprio.

Dessa forma, sob a perspectiva liberal, o desenvolvimento do direito processual, parte da fase sincretista, caracterizada pela concepção do processo, enquanto instrumento de defesa de direitos subjetivos, em apêndice ao direito material e passa, no período compreendido entre o decorrer do século XIX até o início do século XX, à fase científica, ou autonomista, correspondente à etapa de consolidação da autonomia científica do direito processual, bem como da natureza pública da relação jurídica processual em face da relação jurídica de direito material, e do direito de ação, ainda concebido na função de direito de defesa do indivíduo em face do Estado-juiz.

1.3. O Estado Social e Democrático de Direito: contexto histórico e fundamentos para uma interpretação neoprocessualista do direito-garantia fundamental de acesso coletivo à justiça

A partir do final do século XIX, o panorama socioeconômico decorrente da transição de uma sociedade agrária e pré-industrial para uma sociedade industrial, pôs em realce a acentuação das desigualdades sociais já existentes no Estado liberal.

Em consequência o surgimento de grupos sociais de pressão em busca de tutela específica, no sentido da redução da exclusão social e das desigualdades, abriu espaço para a busca da tutela substancial da democracia que, nesse contexto, passa a abarcar a participação política do cidadão, tanto no aspecto individual, quanto no aspecto da viabilização do pluralismo político.

Assim, contrapondo-se à doutrina liberal, o Estado, passa à intervenção direta e regulatória no domínio econômico, bem como à adoção de uma conduta positiva, no sentido do desenvolvimento de uma política de proteção aos interesses sociais, com predomínio do interesse público sobre o interesse privado.

35 LEONEL, R. B. op. cit., p. 62.

36 Ibidem, p. 62.

Esse panorama desencadeou o declínio do Estado Liberal, a partir do final do século XIX e o advento de uma nova forma de Estado, o Estado Social, ao que se seguiu o reconhecimento e positividade constitucional dos direitos fundamentais de segunda dimensão ou direitos sociais, a exemplo do direito do trabalho, e dos direitos à educação, saúde e previdência social, dentre outros.

Com efeito, da finalidade de tutela material da igualdade, característica dos direitos fundamentais prestacionais, resultou, em nível Constitucional, a distinção entre direitos formalmente fundamentais correspondentes àqueles formalmente positivados no Catálogo do Título II da Constituição Federal, diretamente aplicáveis e protegidos como cláusulas pétreas, e direitos materialmente fundamentais para a vida em sociedade e que, por essa razão, independem de positividade expressa na Constituição para o seu reconhecimento e proteção.

Na qualidade de direitos fundamentais esses preceitos constitucionais passam a ser considerados sob uma dupla perspectiva, de um lado jurídico-subjetiva dirigida à proteção de direitos subjetivos, e de outro, jurídico-objetiva, sob a qual são compreendidos como uma ordem objetiva de valores, com eficácia em todo o ordenamento jurídico, orientadora e vinculante da atuação positiva dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da Administração Pública, em todas as esferas de atuação³⁷.

No âmbito da positividade dos direitos humanos, o reconhecimento internacional dos direitos econômicos e sociais, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em 1948 representou a terceira etapa de sua afirmação histórica, correspondente, de acordo com Norberto Bobbio, à afirmação da "(...) universalidade, não mais abstrata, mas também ela concreta dos direitos positivos universais"³⁸.

Evidentemente que, em nosso ordenamento jurídico interno, diante do princípio da supremacia da Constituição, fundada na salvaguarda dos valores fundamentais para a sociedade, os direitos fundamentais tornam-se paradigmas para a adequação da lei à Constituição e um dos alicerces do controle repressivo ou preventivo, de constitucionalidade das leis³⁹, tanto de natureza política, quanto de natureza e jurisdicional e, nesse aspecto, concentrado ou difuso.

Do desenvolvimento teórico da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, resultou ainda, segundo Ingo Wolfgang Sarlet a doutrina "(...) da categoria dos deveres de proteção do Estado (*Schutzpflichten*), da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais (*status activus processualis*) e a problemática de sua eficácia privada (*Drittwirkung*)"⁴⁰.

37 SARLET, I. W. op. cit., p. 143.

38 BOBBIO, N. op. cit., p.19.

39 Nesse sentido, referindo-se à imprescindibilidade de conformação da lei aos direitos fundamentais, por meio do controle de constitucionalidade, inclusive em caso de omissão pelo Poder Público MARINONI, L. G. *Teoria geral do processo*, vol. 1, 3. ed. 3ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 56-66.

40 MARINONI, L. G. op. cit., p. 144.

Nesse ponto, vale destacar a influência dos direitos fundamentais, especialmente sob a perspectiva organizatória e procedimental, como base principiológica orientadora do movimento de publicização do processo que, segundo Suzana Henriques da Costa, em meados do século XX, passa a ser compreendido como instrumento de legitimação da atuação Estatal, por meio da efetivação do direito objetivo⁴¹.

Desse movimento de renovação do Direito Processual decorreu a afirmação de uma terceira fase do desenvolvimento metodológico da ciência processual denominado instrumentalismo, para o qual, constatada a autonomia da ciência processual, passa-se à busca pela efetividade do processo, inserido no conteúdo socioeconômico e político e compreendido sob uma perspectiva finalística, como meio de realização concreta do direito material, com vistas ao estabelecimento de uma ordem jurídica justa.

Na esfera da proteção ao direito-garantia fundamental de acesso à justiça, o instrumentalismo processual refletiu-se, em princípio, na tomada de medidas afirmativas pelo Estado, dirigidas a assegurar a assistência judiciária aos necessitados, em resposta à denominada “primeira onda”⁴² da tendência renovatória do Direito Processual Civil, que se desenvolveu na doutrina internacional, com os estudos de Mauro Cappelletti.

Do ponto de vista constitucional, notadamente no que se refere à efetivação da tutela jurisdicional, é interessante destacar a evolução da teoria das garantias constitucionais fundamentais, também como parte integrante da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais que, por influência do Estado Social, passa a compreender, além da proteção de cunho liberalista à Constituição e a direitos subjetivos, uma proteção constitucional qualificada, e de natureza defensiva a institutos de direito privado e instituições de direito público, considerados essenciais à concretização dos direitos fundamentais.

Todavia, neste momento, a aparente contradição revelada pela verificação da natureza defensiva⁴³ das garantias institucionais fundamentais, típica formulação do Estado Social, chama a atenção para outro traço marcante das normas consagradoras de direitos e garantias fundamentais, sua multifuncionalidade.

E isto porque, verifica-se que, os direitos fundamentais em sua segunda dimensão, transcendem a função de direitos de defesa da liberdade individual em face do Estado, para incorporar também uma postura Estatal positiva, de natureza prestacional na tutela dos direitos sociais.

Nesse passo, Ingo Wolfgang Sarlet, com base na formulação de Robert Alexy, propõe sua classificação dos direitos fundamentais, de acordo com as funções por

41 Costa, S. H. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa : Ação de Improbidade Administrativa, Ação Civil Pública e Ação Popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 116-117.

42 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. (trad.) Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, reimpresso, 2002, p. 31-49.

43 SARLET, I. W. op. cit., p.165.

eles exercidas, agrupando-os, em um primeiro momento, em: direitos de defesa (dos quais decorre um *status negativus* do cidadão) e direitos a prestações de natureza fática ou jurídica⁴⁴.

A partir dessa primeira etapa, em um aprofundamento da proposta classificatória que toma por base a análise da posição ocupada pelo cidadão em face do Estado, nos moldes postos pela doutrina de Georg Jellinek o autor divide os direitos prestacionais em dois grupos: 1) direitos a prestações em sentido amplo, que abrangem: a) os direitos à proteção, b) os direitos à participação e ao procedimento, e os 2) direitos a prestações em sentido estrito, correspondentes aos direitos sociais de natureza positiva⁴⁵.

Quanto aos direitos à participação e ao procedimento, essa classificação considera o “procedimento” em sentido amplo, englobando em seu objeto os direitos a emissão legislativa de normas procedimentais, bem como a aplicação e interpretação dessas normas na esteira dos direitos fundamentais, assumindo, nessas hipóteses, caráter prestacional e devendo, assim, ser reconduzidas ao *status positivus* de Jellinek⁴⁶.

Por outro lado, a ideia de procedimento compreende ainda a possibilidade de participação na organização e no procedimento, como ensina o autor, no sentido de “(...) (tomar parte em), ou direito à criação de estruturas organizacionais”, hipóteses em que podem ser reportados ao *status activus processualis* de Peter Häberle⁴⁷, posição que pode ser exercida na forma individual e na forma coletiva, e que revela, na viabilização da participação do cidadão na organização e no procedimento, a função democrática⁴⁸ do direito-garantia fundamental de acesso à justiça.

Dessa forma, tem-se que, o direito-garantia fundamental de acesso à justiça previsto no art. 5º XXXV, da Constituição Federal, passa a abarcar o acesso coletivo e deve ser classificado como um direito-garantia material e formalmente fundamental, de natureza prestacional em sentido amplo e inserido no subgrupo dos direitos à participação e ao procedimento.

É sob essa perspectiva, tendente à viabilização do *status activus processualis* do cidadão que, a partir da segunda metade do século XX, o processo passa a configurar um instrumento democrático de participação política de entidades coletivas organizadas, compostas por grupos sociais em busca de isonomia.

Nesse contexto, em meio à afirmação histórica da terceira dimensão dos direitos humanos e fundamentais, voltada à salvaguarda da qualidade de vida do ser

44 Ibidem, p. 166-167.

45 Ibidem, p. 167.

46 SARLET, I. W., op. cit., p. 195.

47 SARLET, I. W. op. cit., p. 195.

48 Nesse sentido, referindo o reconhecimento do caráter democrático dos direitos fundamentais, em sua dimensão organizatória e procedimental, manifestado “(...) no reconhecimento de uma democracia com elementos participativos” de acordo com o *status activus processualis* de Peter Häberle, SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 196.

humano, ganha relevância a “segunda onda”⁴⁹ da tendência renovatória do Direito Processual Civil, deflagrada ainda no bojo do instrumentalismo e dirigida, de acordo com Mauro Cappelletti, à tutela dos mecanismos solução de litígios transindividuais, considerados, tanto como forma de efetivação do direito fundamental de acesso coletivo à justiça (para a defesa de interesses coletivos *latu* e *strictu sensu*), como enquanto importante instrumento de justiciabilidade de direitos transindividuais materialmente fundamentais.

Isso porque, observa-se que, por vezes o direito material, objeto de tutela jurisdicional transindividual guarda coincidência com direitos veiculados por políticas públicas. Esse aspecto põe em realce, de um lado, o interesse público desses litígios, justificadores da intervenção do Poder Judiciário, no campo do controle e implementação de ações positivas, notadamente em matéria de direitos sociais, pelo Estado e, de outro, a legitimação democrática da tutela coletiva dirigida a esta finalidade, em razão da viabilização da participação do cidadão no processo político, por meio do procedimento.

Portanto, atualmente, uma análise aprofundada do direito-garantia fundamental ao acesso coletivo à justiça e de sua efetividade, permite inferir pela imprescindibilidade de interpretação do arcabouço legislativo a ele relacionado em consonância com a Constituição Federal e com os direitos fundamentais nela positivados, refletindo uma tendência interpretativa característica de uma nova fase do desenvolvimento metodológico do Direito Processual Civil, o formalismo-valorativo, apontado como sucessor do instrumentalismo e que vem sendo denominado “neoprocessualismo”⁵⁰.

Partindo dessa premissa metodológica, uma proposta de interpretação constitucional do direito-garantia fundamental de acesso coletivo à justiça pressupõe que se considere, além de sua classificação quanto às suas funções, o aspecto de que os direitos fundamentais, genericamente considerados, possuem, independentemente da sua função preponderante (de cunho positivo ou negativo), uma dupla repercussão de forma que, “(...) assim como os direitos negativos possuem uma repercussão prestacional, também os direitos a prestações possuem uma dimensão negativa, representada, (...) por poderes (direitos subjetivos negativos)”⁵¹.

Diante disso, é possível concluir que o direito-garantia fundamental de acesso coletivo à justiça, preponderantemente prestacional adquire uma dupla conotação, defensiva em face do Estado quanto à possibilidade de impugnação da legislação tendente à sua restrição e uma conotação positiva em face do Estado, no sentido da garantia de sua universalidade, viabilizada por meio de uma interpretação extensiva de seu conteúdo à luz do sistema aberto e flexível de direitos e garantias fun-

49 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. op., cit., p. 49-67.

50 DIDIER JÚNIOR, F. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, vol. 1, 11. ed. Bahia: Juspodvum, 2009, p. 26.

51 SARLET, I. W. op. cit., p. 174.

damentais, bem como da garantia da plena efetividade do sistema da legitimidade processual ativa posta na disciplina do processo coletivo brasileiro.

2. A ABRANGÊNCIA E O ALCANCE DO OBJETO DA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA À LUZ DO SISTEMA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A disciplina das ações coletivas no ordenamento jurídico brasileiro foi oportunizada em meio ao processo de redemocratização do país e que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Anteriormente, a tutela jurisdicional coletiva brasileira esteve restrita às ações populares, registrando um pequeno avanço quanto à defesa ambiental (art. 14, § 1º da Lei nº 6.938/81), sendo que, mesmo o seu mais importante marco regulatório, a Lei da Ação Civil Pública, de nº 7.347/1985, teve, desde logo, seu objeto limitado à defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio histórico, turístico e paisagístico, vetada, contudo, a utilização desse importante mecanismo processual para a defesa de “outros interesses difusos e coletivos”.

A partir de 1988, a Constituição Federal consagrou o resultado do processo histórico de afirmação dos Direitos Humanos, como fundamento do Ordenamento Jurídico Brasileiro, por meio da positivação de um Catálogo de direitos fundamentais que, de forma complementar, abarca em seu conteúdo direitos e garantias fundamentais, em suas três dimensões⁵², consagrando, dentre eles, o direito-garantia fundamental de acesso coletivo à justiça.

Com efeito, observa-se que, em consonância com a Constituição Federal, o artigo 1º, da Lei da Ação Civil Pública, tanto fundamenta o direito subjetivo de acesso coletivo à justiça, quanto protege diversos direitos materiais, (meio ambiente, o consumidor, o patrimônio cultural, a ordem econômica e a economia popular, a ordem urbanística, a defesa da honra e da dignidade de grupos raciais étnicos ou religiosos, abrangendo a proteção aos direitos dos idosos, crianças e adolescentes, pessoas portadoras de necessidades especiais, investidores do mercado mobiliário).

Por essa razão, para fins de estabelecer a abrangência e a extensão do direito-garantia fundamental de acesso coletivo à justiça faz-se oportuna a menção à distinção entre direito, que segundo Hugo Nigro Mazzilli, corresponde ao “(...) interesse protegido pelo ordenamento jurídico”, e interesse, que corresponde à pretensão⁵³.

52 Sustenta-se na doutrina a existência de uma “quarta dimensão” que Norberto Bobbio, op. cit., p.09, relaciona às modificações genéticas e que, Paulo Bonavides, atribui à concretização da democracia, p. 570-572, mencionando, em seguida, o autor, o direito à paz como direito de “quinta geração”, op. cit., p. 579-593. Nesse estudo, adota-se a posição tridimensional. Nesse sentido, também SARLET, I. W.op. cit, p. 49-51.

53 Nesse sentido, MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 61.

De objeto amplo, o conteúdo do direito-garantia fundamental de acesso coletivo à justiça, instrumentalizado pela ação civil pública abarca a proteção de diversos direitos materiais de natureza fundamental, sem excluir, contudo, a tutela de direitos não fundamentais, eventualmente exercidos na forma coletiva, independentemente de sua existência, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Por outro lado, da referência à proteção a “interesses” difusos e coletivos é possível identificar outro aspecto que compõe o espectro de abrangência do direito-garantia fundamental de acesso coletivo à justiça: a sua não limitação em razão da titularidade do direito para o seu exercício, eis que compreende a proteção a interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos.

Todavia, uma análise da abrangência do direito-garantia fundamental de acesso coletivo à justiça, partindo da distinção entre direito e interesse, embora útil, revela-se incompleta, por apresentar apenas parte de seu conteúdo, cujo complemento deverá ser buscado por meio de uma interpretação constitucional, tendo por fim o alcance do dispositivo.

Posto isto, prosseguindo em um panorama geral acerca da doutrina dos direitos fundamentais na Constituição brasileira, superada a classificação dimensional, importa consignar que a expressão, “Catálogo de direitos fundamentais” deve ser compreendida sob uma perspectiva ampla, abrangendo, em princípio, todo o Título II da Constituição Federal, do qual fazem parte: o Capítulo I, relativo aos direitos individuais e coletivos positivados no rol do art. 5º, bem como os direitos sociais previstos no Capítulo II, em seu artigo 6º, e os direitos dos trabalhadores, nos previstos nos artigos 7º, 8º e 9º, assim como os direitos à nacionalidade e os direitos políticos, previstos nos Capítulos III e IV da Constituição Federal.

Quanto aos direitos sociais, em matéria de amplitude do Catálogo, merece destaque o fato de que, embora o art. 6º da Constituição Federal enumere direitos sociais, o dispositivo se encerra com a expressão “na forma desta Constituição”, da qual se subentende a possibilidade de buscar “(...) qualquer explicitação do conteúdo desses direitos, (...) no Capítulo da Ordem Econômica e acima de tudo, da Ordem Social”⁵⁴.

Além disso, o artigo 7º da Constituição Federal contempla, na qualidade de direito social, a proteção aos direitos fundamentais dos trabalhadores, dentre os quais o direito ao FGTS (art. 7º, III da CF), em rol exemplificativo, em razão da expressão “além de outros que visem à melhoria da condição social” prevista ao final do dispositivo.

Nessa hipótese, a parte final do *caput* do artigo 7º da Constituição Federal revela uma cláusula especial de abertura, ao permitir a extensão da proteção a direitos considerados materialmente fundamentais, diretamente relacionados à dignidade da pessoa humana do trabalhador que, sem limitar-se ao texto da Constituição,

54 SARLET, I. W. op. cit., p. 68.

podem ser deduzidos de outras fontes⁵⁵, por exemplo, das convenções coletivas de trabalho.

Ainda no que se refere à extensão da proteção aos direitos fundamentais, importa observar que, além dos direitos fundamentais formalmente positivados pelo constituinte no Catálogo, (independentemente da análise de seu conteúdo material), o art. 5º, § 2º da Constituição Federal consagra, por meio de mais uma cláusula especial de abertura, a possibilidade de extensão da proteção jusfundamental a direitos expressos na Constituição formal, mas situados fora do Catálogo, quando considerados materialmente fundamentais, por sua importância para a vida em sociedade.

Embora situada ao final do artigo 5º da Constituição Federal, a extensão prevista no parágrafo 2º é aplicável a todo o Catálogo de Direitos Fundamentais e, além disso, não restringe o reconhecimento da fundamentalidade material a direitos expressos na Constituição Federal, abrangendo, também direitos não expressos no texto constitucional, sejam eles implícitos ou decorrentes do regime democrático, dos princípios previstos nos artigos 1º a 4º ou dos Tratados Internacionais em que a da República Federativa do Brasil seja parte.

O Texto constitucional traz, portanto, a consagração de um sistema, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, “aberto e flexível”, “(...) integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante”⁵⁶.

Com efeito, o regime da aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, §1º, e da proteção reforçada dos direitos e garantias fundamentais, previsto no artigo. 60, §4º, IV, da Constituição Federal, aplica-se a todas as posições jurídicas formal, materialmente fundamentais, ou mesmo àquelas que apresentem uma dupla fundamentalidade (formal e material), situadas dentro ou fora do Catálogo e, inclusive às garantias constitucionais.

Dessa forma, uma análise constitucional do direito-garantia fundamental de acesso à justiça previsto no artigo 5º, inciso XXXV c/c o artigo 1º, inciso IV da Lei da Ação Civil Pública, permite concluir, em termos de alcance dos dispositivos, pela necessidade de uma interpretação extensiva de seu conteúdo, verificada na não taxatividade do objeto da tutela coletiva, justificada, de início, por força do disposto no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, posicionamento que, a este fundamento, vem sendo sustentado na doutrina como princípio da não taxatividade do processo coletivo⁵⁷.

55 Nesse sentido, Sarlet, I. W. op. cit., p. 87. Ao discorrer sobre as fontes dos direitos fundamentais fora do Catálogo, menciona a possibilidade de identificação de posições jurídicas fundamentais com assento “(...) em outras partes do texto constitucional ou residir em outros textos legais nacionais ou internacionais, aludindo à (...) problemática da existência de direitos materialmente fundamentais, oriundos de textos legais infraconstitucionais (hipótese que, ao menos a priori, não deve ser excluída, no mínimo diante do que reza o art. 7º da CF)”.

56 SARLET, I. W. op. cit., p. 72.

57 Nesse sentido, ALMEIDA, G. A. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*, Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 323.

Além disso, a expressão “na forma desta Constituição”, contida no artigo 6º também permite concluir pela não taxatividade do objeto da ação civil pública, diante da possibilidade de dedução de interesses coletivos *latu sensu*, dos Capítulos da Ordem Econômica e da Ordem Social⁵⁸.

Acresce-se a esta fundamentação o argumento de que, além da possível dedução de interesses passíveis de tutela coletiva, a partir das cláusulas de abertura previstas no artigo 5º, § 2º, e no *caput* do artigo 6º, o rol do artigo 7º da Constituição Federal, que também integra o catálogo de direitos fundamentais não é exaustivo e possui da mesma forma, uma cláusula especial de abertura, à tutela de outros direitos que visem à melhoria da condição social do trabalhador, regra que torna possível a dedução de interesses sociais a serem protegidos na forma coletiva.

Assim, verifica-se que, por meio de uma interpretação constitucional, o conteúdo do direito-garantia fundamental de acesso coletivo à justiça abrange a tutela jurisdicional de direitos de natureza material e formalmente fundamentais, em suas três dimensões, inseridos no Catálogo, considerado sob uma perspectiva ampla, que compreende, ainda, em matéria de direitos materialmente fundamentais, a possibilidade de extensão do conteúdo dos direitos sociais previstos no art. 6º aos Capítulos da Ordem Econômica e Social, bem como a abertura dos direitos dos trabalhadores situados dentro ou fora do texto Constitucional, por força do artigo 7º da Constituição Federal.

Ainda em matéria de direitos fundamentais, o direito-garantia fundamental de acesso coletivo à justiça compreende a tutela jurisdicional coletiva de interesses deduzidos de direitos materiais, substancialmente fundamentais expressos na Constituição formal, mas situados fora do Catálogo, bem como de direitos materialmente fundamentais não expressos, implícitos ou decorrentes do regime e dos princípios constitucionais (artigos 1º a 4º) ou dos Tratados Internacionais em que o Brasil seja parte, nos termos do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal.

Além disso, a tutela coletiva abarca a proteção a direitos materiais de natureza não fundamental, eventualmente exercidos na forma coletiva, existentes ou não, passíveis de gerar interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos.

Em consonância com a “terceira onda” renovatória do Direito Processual Civil, de acordo com Cappelletti, dirigida à consolidação dos mecanismos de efetividade da tutela coletiva⁵⁹, uma perspectiva sistemática do processo coletivo que deflui da aplicação conjugada dos artigos 21 da Lei nº 7.347/1985, *c/c* o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, acrescenta ao âmbito da abrangência do

58 No mesmo sentido, Gregório Assagra de ALMEIDA, *op. cit.*, p. 354, refere à possibilidade de dedução de interesses coletivos *latu sensu*, dos Capítulos da Ordem Econômica e da Ordem Social como indicativo da não taxatividade, contudo, com fundamento no § 2º do art. 5º da CF, do que discordamos, parcialmente, ao fundamento de que, embora correto o raciocínio do autor quanto a não taxatividade do objeto do processo coletivo, a cláusula de abertura que remete aos Capítulos da Ordem Econômica e Social está prevista no *caput* do artigo 6º, nos seguintes termos: “na forma desta Constituição”.

59 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *op. cit.*, p. 67-73.

direito-garantia fundamental de acesso coletivo à justiça todas as modalidades de tutelas necessárias à concretização da defesa em juízo dos interesses transindividuais.

Por fim, importante consignar que em se tratando de tutela de direito-garantia fundamental, suas hipóteses de extensão constituem cláusulas pétreas, (artigo. 60, §4º, IV, da CF), evitando de inconstitucionalidade qualquer tentativa de redução de seu conteúdo essencial e, vinculando o legislador e o Poder Público a uma interpretação extensiva do preceito infraconstitucional previsto no artigo 1º, inciso IV que, dispondo sobre o objeto da ação civil pública em rol não exaustivo, permite a proteção a “outros interesses difusos e coletivos”.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO AO OBJETO DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

No Brasil, o direito-garantia fundamental de acesso coletivo à justiça está previsto no art. 5º, inciso XXXV e a ação civil pública, seu meio de efetivação, encontra previsão legal no art. 129, III, da Constituição Federal de 1988, bem como na Lei nº 7.347/1985 e no Código de Defesa do Consumidor que, integrados, (LACP, art. 21 e CDC, art. 90), formam o subsistema⁶⁰ de tutela coletiva, no âmbito do Direito Processual Civil Brasileiro.

Desde logo, importa ressaltar, que a única limitação possível ao objeto da ação civil pública diz respeito a eventual pedido que vise à supressão de toda e qualquer eficácia erga *omnes* de uma lei em tese, hipótese que se configura uso indevido da ação civil pública, como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade⁶¹.

Por outro lado, contrastando com o princípio da máxima eficácia e efetividade, em matéria de direito-garantia fundamental de acesso coletivo à justiça, (CF. art. 5º, § 1º da CF) o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 7.347/1985, prevê a restrição do objeto da Ação Civil Pública, em pretensões, que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, bem como o fundo de garantia do tempo de serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional, cujos beneficiários possam ser individualizados.

O dispositivo foi introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001 e mantém-se em vigor, assim como as demais medidas provisórias anteriores à publicação da EC/nº 32/2001, por força do seu art. 2º, re-

60 Observa-se várias tentativas de codificação do subsistema de processo coletivo, desde a elaboração do Código modelo de Processo Coletivo para a Ibero América (2004), Anteprojeto de Código de Processo Coletivo, desenvolvido no âmbito da USP e Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos desenvolvido em conjunto pelas Universidades cariocas UERJ/UNESA. Essa conjugação de esforços em torno da codificação do processo coletivo resultou na criação do PL nº 5.139/2009, já arquivado. A mais recente proposta de renovação legislativa nesse sentido dirige-se à alteração do Código de Defesa do Consumidor e consiste no PLS nº 282/2012.

61 MAZZILLI, H. N., op., cit., p. 140-141.

velando uma inconstitucionalidade que irradia efeitos na limitação ao exercício do direito-garantia fundamental de acesso coletivo à justiça.

Contudo, além disso, verifica-se que, todas as matérias objeto de exclusão da tutela coletiva estão relacionadas à máxima efetividade de direitos humanos, e materialmente fundamentais, de natureza prestacional em sentido estrito, considerados cláusulas pétreas, nos termos do art. 60, § 4º, inciso IV da CF, tais como, as demandas relacionadas às contribuições previdenciárias, fundos sociais e ao fundo de garantia do tempo de serviço – FGTS.

Em matéria de tributos, discorrendo acerca da extensão material do catálogo de direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet, aponta a fundamentalidade material das limitações ao poder de tributar e, classificando-as como direitos fundamentais prestacionais⁶², propõe o seu enquadramento na hipótese do art. 5º, § 2º da Constituição Federal.

O autor fundamenta seu raciocínio em precedente jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal ADIn nº 939-7/DF, que tratou da constitucionalidade da EC. nº. 3-93, quanto à criação do IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira), ocasião em que se reconheceu que o princípio da anterioridade, previsto no artigo 50, inc. III, alínea b, da CF, tem natureza de direito e garantia fundamental do cidadão-contribuinte, justamente por aplicação do artigo. 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal⁶³.

De outro lado, a doutrina tributarista, embora reconheça a fundamentalidade dos dispositivos tem atribuído particularmente às limitações ao Poder de Tributar natureza defensiva e limitativa da soberania financeira do Estado.

Nesse sentido, ao passo que, Ricardo Lobo Torres refere-se estritamente às limitações ao poder de tributar como normas declaratórias que, “(...) nada tendo que ver com a justiça ou a utilidade, (...) aparecem como contraponto fiscal da declaração de direitos do art. 5º”.⁶⁴ Hugo de Brito Machado, de uma perspectiva sistemática, atribui à construção do próprio Sistema Tributário Nacional, a qualidade de limitação ao poder de tributar, cuja preservação, segundo o autor, constitui-se garantia fundamental do cidadão-contribuinte em face do Estado, em decorrência do direito fundamental de somente ser tributado nos limites fixados pela Constituição⁶⁵.

Além disso, é interessante observar, partindo-se, também de uma perspectiva sistemática e direcionada à tutela dos direitos fundamentais, que o artigo 150 da Constituição Federal consagra uma cláusula de abertura, da qual decorre a não

62 SARLET, I. W. op. cit., p. 117.

63 De acordo com Ingo Wolfgang SARLET, A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-7, foi publicada no Diário de Justiça da União em 18 de março de 1994, tendo como Relator o Ministro Sidney Sanches, tendo sido, a decisão citada, extraída do periódico LEX (JSTF), nº 186 p. 69 e ss. in, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, op. cit., nota 218, p. 80.

64 TORRES, R. L. *Curso de direito financeiro e tributário*, 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 64.

65 MACHADO, H. B. *Curso de Direito Tributário*, 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 77-78.

taxatividade do rol das limitações ao poder de tributar, instituídas, “(...) sem prejuízo de outras (...) asseguradas ao contribuinte”, cuja identificação, em consonância com o disposto no parágrafo 2º do artigo 5º da Carta Magna permite sua proteção jusfundamental⁶⁶.

Assim, conjugando os argumentos carreados acima, inicialmente é possível concluir, de acordo com a doutrina constitucionalista e com o entendimento do STF, pelo reconhecimento da fundamentalidade material e formal das limitações ao poder de tributar, que, devem ser consideradas direitos fundamentais do contribuinte, por força do art. 5º, § 2º da Constituição Federal e, em razão disso, imediatamente aplicáveis, (artigo 5º, §1º) e integrantes do rol das “cláusulas pétreas”, (artigo 60, §4º, inciso IV da CF).

Entretanto, do exame do mesmo precedente (ADI nº 939-7/DF), além da consagração da extensão material do Catálogo de direitos fundamentais, Ricardo Alexandre aponta para o reconhecimento da inconstitucionalidade da previsão de que o IPMF não estaria sujeito à imunidade tributária recíproca, corolário do princípio da Federação (art. 60, § 4º, inciso I)⁶⁷.

Nessa ocasião reconheceu-se, ainda, segundo o autor, a inconstitucionalidade do dispositivo que determinava que o IPMF não estivesse sujeito à imunidade dos templos de qualquer culto, art. 150, VI, b, protegendo-se também, como cláusulas pétreas, a imunidade dos livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão, assim como a imunidade do patrimônio e renda dos partidos políticos, entidades sindicais dos trabalhadores e instituições de educação e assistência social sem fins lucrativos, todos direitos fundamentalmente tutelados pela Constituição Federal (art. 60, §4º, inciso IV)⁶⁸.

Diante disso, o autor chama atenção para a possibilidade de enquadramento da proteção às limitações ao poder de tributar como forma de proteção a outras cláusulas pétreas⁶⁹, raciocínio que adquire importância também quando aplicado à possibilidade de reconhecimento de limitações ao poder de tributar como meio de proteção a outros direitos fundamentais de natureza prestacional, passíveis de gerar interesses sociais.

Isso, porque, em linhas gerais, o Estado, no exercício do poder de tributar institui tributos com finalidade fiscal, quando a arrecadação é destinada aos cofres públicos para desempenho da atividade financeira Estatal, bem como tributos com finalidade extrafiscal, sempre presente, ainda que de forma secundária na tributação fiscal, e que tem por objetivo viabilizar uma intervenção social ou econômica, havendo ainda a parafiscalidade⁷⁰.

66 ALEXANDRE, R. *Direito tributário esquematizado*, 4. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 106.

67 ALEXANDRE, R. op. cit., p. 108.

68 Ibidem, p. 108.

69 Ibidem, p.108.

70 ALEXANDRE, R. op. cit., p. 41.

Portanto, embora seja possível a identificação da função defensiva preponderante do Sistema Tributário Nacional bem como, da aplicação das limitações ao poder de tributar, na qualidade de direitos fundamentais, uma análise a partir de uma perspectiva teleológica da tributação, permite verificar uma dupla repercussão desses direitos que, para além da função negativa manifestam também sua dimensão prestacional, no impacto socioeconômico da gestão do Sistema Tributário Nacional, principalmente por meio da tributação com finalidade extrafiscal, aspecto que se aplica também às limitações ao poder de tributar, consideradas enquanto partes integrantes do Sistema.

Diante da natureza fundamental prestacional e da relevância social dos tributos, justifica-se a atuação do Ministério Público no âmbito da tutela coletiva, em matéria tributária, ficando prejudicado, da perspectiva do direito material, sob o mesmo fundamento, o argumento de que, apenas os interesses individuais homogêneos de consumidores e não os de contribuintes poderiam, em tese, ser objeto de ação civil pública.

Sob a ótica processual, a doutrina há muito destaca a possibilidade de defesa coletiva em juízo de interesses individuais homogêneos de contribuintes, fundamentada nos artigos 21 da Lei da Ação Civil Pública c/c art. 90 do Código de Defesa do Consumidor, que permitem a integração entre esses diplomas legais.

Por fim, reconhecida a dimensão prestacional do Sistema Tributário Nacional, bem como dos demais direitos fundamentais, cuja proteção é obstada pelo parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 7347/1985, conclui-se que a referida restrição ao acesso coletivo à justiça prejudica, também, via reflexa, a efetivação de direitos materiais fundamentais prestacionais.

Dessa forma, é possível sustentar a inconstitucionalidade material do dispositivo, também nesse aspecto, por um princípio de proibição de retrocesso contra a ação erosiva do legislador, impositivo de uma eficácia defensiva, tanto inerente ao direito-garantia fundamental de acesso coletivo à justiça, quanto aos demais direitos fundamentais.

4. O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO GARANTIA INSTITUCIONAL FUNDAMENTAL E SUA LEGITIMIDADE ATIVA PARA A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A partir da primeira metade do século XX, no primeiro pós-guerra, a tutela material dos direitos fundamentais passa a ser associada à necessidade de proteção ao núcleo intangível de instituições de direito público e institutos de direito privado, considerados essenciais à efetividade da preservação dos valores mais caros à preservação da sociedade⁷¹.

71 Cf. SARLET, I. W. op. cit., p.180-181.

Nessa linha, a teoria das garantias fundamentais até então de cunho individualista, evoluiu para um conceito mais abrangente, que passa a compreender, além das garantias constitucionais em sentido lato (garantias da Constituição) e em sentido estrito (garantias dos direitos fundamentais)⁷², uma nova subespécie, as garantias institucionais fundamentais.

Diferentemente das disposições que trazem no mesmo dispositivo um direito fundamental, seguido da respetiva garantia (direitos-garantia), as garantias institucionais fundamentais, podem referir-se tanto a preceitos fundamentais em sentido objetivo, quanto a preceitos fundamentais que outorgam direito fundamental e, ao mesmo tempo, apresentam-se como institutos autônomos, com caráter instrumental em relação à proteção do direito subjetivo fundamental, a exemplo da proteção à propriedade⁷³.

Em sentido amplo, o conceito de garantias institucionais abrange as garantias de institutos de direito privado⁷⁴. Contudo, esclarece Paulo Bonavides que, na concepção do Estado Social, o deslocamento do eixo de poder do Estado, "(...) trazendo para as instituições a hegemonia da sociedade, em substituição à hegemonia do indivíduo"⁷⁵, fez do conceito de garantias institucionais uma das "colunas do Estado Social", aspecto que contribuiu para o desenvolvimento da teoria das garantias institucionais, no âmbito do Direito Público, para abarcar a concepção do aparelho burocrático Estatal como forma de instituição. Trata-se da concepção das garantias institucionais em sentido estrito.⁷⁶

Aliás, no contexto evolutivo das garantias constitucionais Rui Barbosa, reconhecia sua faceta institucional e não vinculada apenas a direitos individuais afirmando que "(...) Vinculavam-se, sim ao funcionamento de instituições ou órgãos do poder público", (a exemplo da colaboração do chefe de Estado na produção das leis, a organização da justiça).⁷⁷

Atualmente, as garantias institucionais constituem-se mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais correspondentes e recebem o mesmo tratamento constitucional a eles dispensado, inclusive quanto à aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º da CF) e proteção como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inciso IV), vinculando o Poder Público, em todas as esferas de atuação, havendo, ainda, a possibilidade de localização de garantias institucionais materialmente fundamentais fora do Catálogo, por aplicação do art. 5º, § 2º da CF⁷⁸.

72 BONAVIDES, P. op., cit., p. 532-533.

73 Cf. SARLET I. W. op. cit., p. 182.

74 *Ibidem*, p. 180.

75 BONAVIDES, P. op., cit., p. 535.

76 SARLET, I. W. op. cit., p. 180.

77 BONAVIDES, P., op., cit., p. 535, *Apud*, Barbosa, R. A constituição e os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal, 2. ed. Rio de Janeiro, Flores & Mano, s/d, p.207.

78 SARLET, I. W. op. cit., p. 181.

É com base na extensão material do catálogo de direitos fundamentais (art. 5º, § 2º da CF), que alguns doutrinadores constitucionalistas têm sustentado que o Ministério Público, na qualidade de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado (art. 127, da CF), autônoma e independente, à qual o Estado atribui uma parcela de sua soberania, e as mesmas garantias da Magistratura, constitui, ao mesmo tempo, uma garantia constitucional *latu sensu*, no sentido de garantia da própria Constituição, em defesa da ordem jurídica e do regime democrático, bem como uma garantia institucional fundamental, no aspecto de sua destinação funcional à defesa de certos direitos fundamentais em favor da coletividade⁷⁹.

Sob outra perspectiva acerca da natureza do Ministério Público, Marcelo Pedroso Goulart, sustenta a transição da instituição, no Estado Social, da sociedade política (aparato burocrático Estatal), para compor a sociedade civil, como integrante do conjunto das organizações autônomas responsáveis pela defesa dos interesses da comunidade⁸⁰.

Com efeito, a concepção do Ministério Público como garantia institucional fundamental, embora mantendo a instituição no aparato burocrático Estatal, não destoa quanto à sua finalidade, considerando que as garantias institucionais constituem-se garantias “contra o Estado”, aspecto no qual se identifica sua função defensiva, sem prejuízo de se configurarem também garantias “no Estado” e, portanto, em favor da sociedade⁸¹, porque, assim como os direitos fundamentais as garantias institucionais possuem uma dupla repercussão defensiva e prestacional, esta, revelada, no caso do Ministério Público, na prestação de acesso coletivo à justiça⁸².

Nesse passo, esclarecendo-se que a proteção conferida pelo Estado às garantias institucionais é variável em conteúdo, extensão e profundidade⁸³, quanto ao Ministério Público, segundo Hugo Nigro Mazzilli, a defesa da ordem jurídica está vinculada à sua finalidade institucional, prevista no artigo 127, *caput* da Constituição Federal: a proteção do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis⁸⁴, sendo que, aplicando-se o mesmo raciocínio à proteção ao direito-garantia fundamental de acesso à justiça, a atuação ministerial compreende a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, estes, contudo, desde que, socialmente relevantes (art. 129 da CF).

Posto isso, a interpretação do Ministério Público como garantia institucional fundamental, sem interferir na natureza extraordinária da legitimação da instituição que, em nome próprio, atua em defesa de interesse alheio, se projeta sobre sua

79 RITT, E. *O ministério Público Instrumento de Democracia e Garantia Constitucional*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 177. No mesmo sentido, Ingo Wolfgang SARLET, op. cit. nota 576, p. 182.

80 GOULART, M. P. *Missão Institucional do Ministério Público*. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público, nº 1, vol. 1, p. 09-32, São Paulo: Imprensa Oficial, Jan. a Jun. 2001, p. 10.

81 Mencionando a evolução das garantias “no Estado” e “contra o Estado” BONAVIDES, P, op., cit., p. 534.

82 Mencionando a evolução das garantias “no Estado” e “contra o Estado” BONAVIDES, P, op., cit., p. 534.

83 BONAVIDES, P, op., cit., p. 541.

84 MAZZILLI, H. N., *Regime jurídico do Ministério Público: análise do ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público Paulista*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 111.

legitimidade ativa para o processo coletivo, no aspecto da vinculação dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e da Administração Pública, a uma interpretação extensiva da abrangência e do alcance do conteúdo essencial da garantia, quanto à possibilidade de atuação ministerial em defesa de quaisquer interesses coletivos *latu sensu*, com fundamento na cláusula de abertura a outros interesses difusos e coletivos prevista nos artigos 129, III da C F c/c art. 1º, IV da LACP.

Por fim, em sendo as garantias constitucionais fundamentais consideradas cláusulas pétreas, (artigo. 60, §4º, IV, da CF), em termos de eficácia defensiva, é possível concluir que, qualquer restrição à legitimidade ativa do Ministério Público para a defesa de interesses difusos coletivos e individuais homogêneos é inconstitucional, também, por atingir a própria essência da garantia institucional, aplicando-se o princípio da proibição de retrocesso.

CONCLUSÃO

Partindo-se de uma análise evolutiva do direito-garantia fundamental de acesso coletivo à justiça no contexto histórico do desenvolvimento do processo e do sistema de direitos humanos e fundamentais no Estado brasileiro é possível estabelecer os contornos da abrangência e do alcance do objeto da Lei de Ação Civil Pública, por meio de uma interpretação extensiva fundada na extensão material do Catálogo de direitos e garantias fundamentais.

O parágrafo único do art. 1º da LACP, revela-se materialmente inconstitucional, em razão da supressão ao direito-garantia-fundamental de acesso coletivo à justiça, seja como direito material, ou como garantia, dirigida à salvaguarda em juízo e, portanto, à efetivação dos demais direitos fundamentais contidos no preceito, todos de natureza prestacional em sentido estrito e, objetos de restrição pelo legislador.

Sabendo-se que aos direitos e garantias fundamentais aplica-se o mesmo regime: aplicabilidade imediata art. 5º, § 1º e a proteção como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inciso IV), acrescenta-se que, as restrições incidem sobre a legitimidade ativa processual do Ministério Público, instituição que pode ser considerada garantia constitucional e institucional fundamental fora do Catálogo, destinada à proteção do direito fundamental de acesso coletivo à justiça, motivo pelo qual, a restrição constitui-se forma de esvaziamento do conteúdo essencial dessa garantia institucional, também protegida como cláusula pétrea.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Teoria dos direitos Fundamentais*. 2. ed. Malheiros, 2011.

ALMEIDA, G. A. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

- ALEXANDRE, R. *Direito tributário esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.
- BENJAMIN, A. H. V.; DENARI, Z.; FILOMENO, J. G. B; FINK, D. R; GRINOVER, A. P.; NERY JÚNIOR, N.; WATANABE, K. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*, 8. ed. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*, 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, reimpresso, 2002.
- COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- Costa, S. H. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: Ação de Improbidade Administrativa, Ação Civil Pública e Ação Popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- DAVID, R. *Os Grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes: 2002.
- DINAMARCO, C. R. *A instrumentalidade do processo*, 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- DIDIER JÚNIOR, F. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1, 11. ed. Bahia: Juspodvum, 2009.
- GIDI, A. *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.
- Goulart, M. P. *Missão Institucional do Ministério Público*. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público, n.º 1, vol. 1, p. 09/32. São Paulo: Imprensa Oficial, Jan. a Jun. 2001.
- LEAL, M. F. M. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.
- LEONEL, R. B. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MACHADO, H. B. *Curso de Direito Tributário*, 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- Marinoni, L. G. *Teoria geral do processo*, vol. 1, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MAZZILLI, H. N. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Regime jurídico do Ministério Público: análise do ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público Paulista*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, A. G. C. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PROENÇA, L. R. *Participação do Ministério Público no processo civil nos Estados Unidos da América*. In, FERRAZ, A. A. M. C. (coord.). *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1999.

RITT, E. *O ministério Público Instrumento de Democracia e Garantia Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TORRES, R. L. *Curso de direito financeiro e tributário*. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar.

Recebimento em 19/11/2013

Aprovação em 16/06/2014