

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL: LIMITES MATERIAIS DO PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL

THE PUBLIC CIVIL ACTION AS A FUNDAMENTAL GUARANTEE: MATERIAL LIMITS OF THE CONSTITUTIONAL REFORM POWER

José Antonio Remedio¹

Pós-doutor em Direito

Universidade Estadual do Norte do Paraná - Paraná/Brasil

Eduardo Luís Leite Ferraz²

Doutor em História Social

Universidade Metodista de Piracicaba - São Paulo/Brasil

RESUMO: A pesquisa objetiva analisar a ação civil pública no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase à sua identificação como garantia fundamental, verificando se seria admissível a apresentação de proposta de emenda constitucional que tendesse a abolir o instituto. A ação civil pública, embora não conste expressamente do rol de direitos individuais previstos no artigo 5º da Constituição Federal, é uma garantia fundamental, assim como integra os denominados “direitos e garantias individuais” constantes do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Lei Maior, identificando-se, pois, como cláusula pétrea da Constituição. Enquanto garantia individual, a ação civil pública não pode ser objeto de proposta de emenda constitucional que tenda a aboli-la, estando, assim, sujeita ao limite material de reforma constitucional. O método

1 Pós-doutor em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2019). Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP (2006). Mestre em Direito do Estado pela Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP (2000). Graduado em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP (1984). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo aposentado. Advogado e Consultor Jurídico. Professor de Graduação em Direito do Centro Universitário de Araras Dr. Edmundo Ulson. Atua principalmente nas áreas de Direito Constitucional, Administrativo e Civil, com ênfase em improbidade administrativa, licitações, contratos administrativos, mandado de segurança, ação popular e responsabilidade civil. Email: jaremedio@yahoo.com.br

2 Graduação em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP (2002). Graduação em História pela Universidade Metodista de Piracicaba (2009). Mestre em Educação pela Universidade Metodista de Piracicaba (2005). Doutor em História Social pela Universidade de São Paulo (2011). Professor concursado de Direito Constitucional da Universidade Metodista de Piracicaba, tendo obtido a 1ª colocação (2009). Professor do curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (2018-2019). Assistente de Juiz Titular de Vara do Trabalho (2015). Atua principalmente nas áreas de Direito Constitucional, História do Direito, Direitos Humanos e Direitos Sociais., E-mail: eulferra@unimep.br

utilizado é o dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência. Conclui que a ação civil pública, apesar de não prevista no rol de direitos e garantias individuais do artigo 5º da Constituição Federal, partilha do regime jurídico próprio dos direitos fundamentais, qualificando-se como uma garantia fundamental, estando, assim, sujeita aos limites materiais do Poder de Reforma Constitucional, ou seja, não pode ser objeto de proposta de emenda constitucional que tenda a abolir o instituto.

Palavras-chave: Ação Civil Pública; Ações Constitucionais; Direitos Difusos e Coletivos; Garantias Constitucionais Fundamentais; Limites à Emenda Constitucional.

Abstract: The research aims to analyse the public civil action in the Brazilian legal system, emphasising its identification as a fundamental guarantee and verifying if it would be permissible to present a proposal for a constitutional amendment that would tend to abolish the institute. Public civil action, although not expressly included in the list of individual rights provided for in article 5 of the Federal Constitution, is a fundamental guarantee, as well as integrating the so-called “individual rights and guarantees” contained in article 60, paragraph 4, item IV, of the Major Law, thus identifying itself as an ironclad clause of the Constitution. As an individual guarantee, public civil action cannot be the subject of a proposal for a constitutional amendment that tends to abolish it and is, therefore, subject to the material limit of constitutional reform. The method used is deductive, based on legislation, doctrine and jurisprudence. It concludes that the public civil action, although not foreseen in the list of individual rights and guarantees of article 5 of the Federal Constitution, shares the legal regime of fundamental rights, qualifying as a basic guarantee, being, therefore, subject to the material limits of the Power of Constitutional Reform, that is, it cannot be the subject of a proposal for a constitutional amendment that tends to abolish the institute.

Keywords: Public Civil Action; Constitutional Actions; Collective and Diffuse Rights; Fundamental Constitutional Guarantees; Limits to Constitutional Amendment.

INTRODUÇÃO

O Constitucionalismo moderno nasceu como movimento de limitação do Poder Estatal, paulatinamente incorporando valores, sentidos e instrumentos de atuação ao longo de sua trajetória de mais de dois séculos.

Apartir da Constituição de 1934, os instrumentos de tutela coletiva foram se incorporando ao sentido mais profundo e democrático do Constitucionalismo

Brasileiro, passando a integrar, em posição central, o modelo constitucional erigido a partir da Constituição Federal de 1988.

Entre inúmeros desafios que se colocam no atual panorama nacional, e para o Constitucionalismo de modo particular, dois se destacam: como preservar o papel inicial do Constitucionalismo, ou seja, a limitação do poder; e como preservar, em face das incursões demagógicas autoritárias ou de maiorias políticas ocasionais, o Constitucionalismo Democrático de 1988.

Nessa perspectiva, o tema dos limites materiais ao Poder de Reforma Constitucional ocupa posição central. Diante das sempre renovadas aspirações políticas, é preciso reafirmar a importância e o valor do núcleo intangível do Texto Constitucional de 1988 (artigo 60, § 4º), matéria que confere identidade e sentido ao ordenamento jurídico brasileiro. Nesse campo, várias são as abordagens de análise possíveis, destacando-se como objeto da presente pesquisa a posição constitucional da ação civil pública.

A pesquisa tem por objeto analisar se a ação civil pública insere-se entre as denominadas garantias constitucionais, e se o instituto integra o núcleo imodificável da Constituição Federal, especificamente o art. 60, § 4º, inciso IV.

A admissibilidade da ação civil pública como espécie de garantia constitucional, embora não contemplada expressamente no rol de direitos e garantias previstos no art. 5º da Lei Maior, possibilita a análise do instituto com foco nas limitações de alteração do texto constitucional previstas no art. 60, § 4º, inciso IV, em que pese referida norma fazer referência formal apenas aos “direitos e garantias individuais”.

No que se refere à estrutura, a pesquisa será desenvolvida em quatro tópicos. No primeiro, será analisado o regime jurídico próprio dos direitos e das garantias fundamentais, com o fim de verificar se a ação civil pública integra esse regime constitucional. No segundo, será estudado o papel da ação civil pública como instrumento social de tutela coletiva, expondo os aspectos gerais do instituto, sem, contudo, adentrar às questões processuais que lhe são inerentes. No terceiro, será verificado o panorama constitucional dos direitos coletivos *lato sensu*, procurando demonstrar que a Constituição Federal de 1988, embora não sistematicamente, consagrou direitos de expressão coletiva. No último tópico, será abordado se a ação civil pública configura verdadeira garantia constitucional, bem como as razões que justificariam tal assertiva, e as consequências jurídicas disso advindas, em

especial sua sujeição ao limite material de Reforma Constitucional previsto no artigo 60, § 4º, inciso IV da Lei Maior.

O método utilizado é o dedutivo, com base em pesquisa legislativa, doutrinária e jurisprudencial.

Tem-se, como hipótese, que a ação civil pública, embora não conste expressamente do rol de direitos e garantias individuais previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, partilha do regime jurídico próprio dos direitos fundamentais, qualificando-se como garantia fundamental na proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, inclusive integrando o núcleo imodificável por emenda constitucional, previsto no art. 60, § 4º, inciso IV, da Lei Maior.

1 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: REGIME JURÍDICO PRÓPRIO

Os direitos fundamentais são posições jurídicas reconhecidas pelo Direito Constitucional Positivo às pessoas naturais ou jurídicas. A nota distintiva da fundamentalidade é seu reconhecimento pelo ordenamento constitucional, bem como pela impossibilidade de essas posições jurídicas dependerem de composições parlamentares ulteriores dos poderes constituídos.

A fundamentalidade pode ser qualificada tanto do ponto de vista formal como sob o ângulo material.

Sob o ponto de vista formal, os direitos fundamentais relacionam-se ao direito constitucional positivo, no sentido de integrar um regime jurídico definido a partir da própria Constituição Federal, sendo composto pelos seguintes elementos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 281): como parte integrante da Constituição escrita, estão situados no ápice de todo o ordenamento jurídico, gozando da supremacia hierárquica das normas constitucionais; como normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (CF, art. 60; as normas de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam de forma imediata as entidades públicas e, mediante ressalvas e ajustes, também os atores privados (CF, art. 5º, § 1º).

A fundamentalidade material diz respeito ao conteúdo dos direitos, ou seja, à circunstância de conterem decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial sobre a posição ocupada pela pessoa humana (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 281-282).

Há duas espécies básicas de direitos fundamentais, ou seja, os direitos

expressamente positivados e os direitos implicitamente positivados. Os direitos expressamente positivados distribuem-se em três subgrupos: os direitos previstos no Título II da CF como direitos e garantias fundamentais; os direitos sediados em outras partes do texto constitucional (dispersos pelo texto constitucional); os direitos expressamente consagrados em tratados internacionais de direitos humanos. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 287).

É clássica no constitucionalismo brasileiro a distinção entre direitos e garantias fundamentais. Um dos primeiros estudiosos a enfrentar o tema foi Rui Barbosa, ainda sob a égide da Constituição de 1891, que as distinguiu entre disposições meramente declaratórias, que instituem os direitos e imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e disposições assecuratórias, que instituem as garantias, ou seja, limitam o poder em defesa dos direitos (BARBOSA, 1978, p. 121).

A noção de que os direitos possuem um conteúdo declaratório, enquanto as garantias são instrumentos de proteção desses direitos, incorporou-se definitivamente ao constitucionalismo brasileiro.

Todavia, o reconhecimento de um direito no texto constitucional é insuficiente para assegurar sua efetividade. São necessários mecanismos capazes de protegê-lo contra potenciais violações. Nesse sentido, as garantias não são um fim em si mesmo, mas meios a serviço de um direito substancial, instrumentos criados para assegurar a proteção e efetividade dos direitos fundamentais (NOVELINO, 2017, p. 284).

A situação é agravada nos períodos de crises, as quais “tendem a expandir poderes governamentais nas mãos daqueles que tem as competências de responder por elas de forma mais direta e ágil, assim como, por vezes, contrair liberdades individuais” (LEAL, 2019, p. 93).

Segundo José Afonso da Silva (2015, p. 191), as garantias não são um fim em si mesmas, mas instrumentos para a tutela de um direito principal, ou seja, estão a serviço dos direitos humanos fundamentais, que, ao contrário, são um fim em si, na medida em que constituem um conjunto de faculdades e prerrogativas que asseguram vantagens e benefícios diretos a seu titular.

Nessa ordem de ideias, as ações constitucionais são espécies de garantias constitucionais. Flávio Martins Alves Nunes Júnior (2018, p. 769) assevera que todo remédio constitucional é uma garantia constitucional, garantia que possui uma especificidade, ou seja, um procedimental de ação judicial, observando,

porém, que nem toda garantia constitucional é um remédio constitucional, como por exemplo o sigilo de fonte.

Consoante José Afonso da Silva (2011, p. 181), as ações constitucionais são garantias constitucionais em sentido amplo, na medida em que são instrumentos destinados a assegurar o gozo de direitos violados, em vias de violação ou simplesmente não atendidos.

Tanto os direitos quanto as garantias fundamentais participam de um regime jurídico próprio e especial definido a partir da própria Constituição Federal, com os consectários jurídicos acima indicados. Nesse sentido, não há dúvida de que tanto a liberdade de crença (um direito, nos termos do art. 5º, VI, da CF), como o mandado de segurança (uma garantia, nos termos do art. 5º, LXI e LXX, da CF), integram esse regime jurídico. Ambos estão expressamente previstos no catálogo do Título II da Constituição, situando-se no ápice do ordenamento jurídico, sendo imunes à atuação lesiva, mesmo por parte do Legislador Constituinte Reformador.

O principal efeito decorrente do regime jurídico próprio dos direitos fundamentais é que as normas dele integrantes estão imunes do alcance do poder de reforma que tenda a aboli-las. Em outras palavras, as posições jurídicas tidas como direitos ou garantias fundamentais estão acobertadas pelo manto das chamadas “cláusulas pétreas”.

Nesse sentido, Sarmiento e Souza Neto (2019, p. 293) destacam que os limites materiais ao poder de reforma subtraem do alcance do Poder Constituinte Reformador determinadas decisões, representando o máximo entrenchamento das normas jurídicas, que são retiradas do alcance até mesmo das majorias qualificadas necessárias à aprovação de mudanças constitucionais. A doutrina brasileira vem chamando esses limites de “cláusulas pétreas”. Na Alemanha, eles são conhecidos como “cláusulas de eternidade”.

Poder-se-ia objetar que nem todos os direitos fundamentais integrantes do Título II da Constituição estariam inseridos no conceito de cláusula pétrea, havendo intenso debate doutrinário acerca da inclusão ou não nesse conceito dos direitos sociais, por exemplo, sobretudo porque a Constituição Federal, no artigo 60, § 4º, IV, refere-se a “direitos e garantias individuais”, ou seja, não há referência formal aos direitos e garantias coletivos.

Todavia, para os propósitos da presente pesquisa, não se pretende aprofundar o debate a respeito dos direitos sociais, cabendo destacar que os direitos e garantias fundamentais de expressão coletiva previstos no artigo

5º da Lei Maior estão imunes ao poder de reforma constitucional, eis que sempre podem ser remetidos a uma titularidade individual. Nessa linha de intelecção, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2014, p. 149) afirmam que os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal são, em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva e sem prejuízo de uma correlata dimensão transindividual, mais ou menos a depender do direito em causa.³

Desse modo, não há dúvida de que as ações constitucionais previstas no artigo 5º da Constituição Federal, como o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas data* e a ação popular, estão acobertadas pelo manto protetivo da cláusula pétrea.

As questões mais controvertidas surgem quando se pretende emprestar o mesmo reconhecimento a institutos e prerrogativas não integrantes do rol de direitos e garantias fundamentais constantes do Título II da Lei Maior, como ocorre em relação à ação civil pública.

Não se nega que direitos e garantias fora do catálogo do Título II da Constituição Federal podem ser reconhecidos como fundamentais.⁴ Isso porque, nos termos do art. 5º, § 2º, da Lei Maior, os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Desse modo, a abertura do catálogo de direitos fundamentais viabiliza o reconhecimento de outros direitos de mesma natureza ao longo do texto constitucional.

Para que possam assim ser reconhecidos e equiparados aos integrantes

³ Até mesmo o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado (art. 225 da CF), a despeito de seu habitual enquadramento entre os direitos da terceira dimensão, pode ser reconduzido a uma dimensão individual, pois mesmo um dano ambiental que venha a atingir um grupo dificilmente quantificável e delimitável de pessoas gera um direito à reparação a cada prejudicado, inclusive viabilizando execução individualizada ainda que no bojo de uma ação coletiva. Ainda que não se queira compartilhar tal entendimento, não há como negar que, nesses casos (de direitos coletivos propriamente ditos), nos encontramos diante de uma situação de cunho notoriamente excepcional, que em hipótese alguma afasta a regra geral da titularidade individual da absoluta maioria dos direitos fundamentais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p.149).

⁴ O Supremo Tribunal Federal corrobora esse posicionamento. Por exemplo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 939 (relatada pelo Ministro Sydney Sanches, DJ de 18-3-1994), a Corte Suprema considerou que o princípio da anterioridade da lei tributária era um direito intangível, imunizado em face ao Poder Reformador (BRASIL, 1994). Na mesma linha de pensamento, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.685 (relatada pela Ministra Ellen Gracie, DJ de 10-8-2006), a Corte fixou que o art. 16 da Constituição representa uma garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e “a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral”. A Corte também considerou que, além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao contido no art. 16 também afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput*) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) (BRASIL, 2006).

do Título II da Lei Fundamental, os direitos fundamentais dispersos pelo texto constitucional devem guardar relação com os princípios fundamentais que orientam a ordem constitucional, particularmente um vínculo direto com a dignidade da pessoa humana (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 294-295).

Nem se objete que os direitos a que alude o § 2º do art. 5º seriam exclusivamente os individuais, pois, como afirmam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2014, p. 285-286),

(...) tanto a doutrina majoritária quanto a jurisprudência, com destaque aqui para as decisões proferidas pelo STF, admitem que a expansividade do catálogo constitucional não se limita ao reconhecimento da existência de direitos e garantias de cunho individual, equiparáveis aos direitos contemplados no art. 5º da CF e seus respectivos incisos, mas abarca também os direitos políticos e mesmo os direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais.

Nesse contexto, legítimo sustentar que, embora prevista no art. 129, III, da Constituição Federal, a ação civil pública, como mecanismo de tutela de valores constitucionais relevantes, seja concebida como garantia fundamental, integrando o regime jurídico próprio dos direitos fundamentais, ao lado das demais ações constitucionais, estando, nessa condição, imune ao poder de reforma constitucional.

2 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE TUTELA COLETIVA

A ação popular foi o primeiro procedimento judicial de tutela de direitos coletivos previsto formalmente no Brasil. Com ela, qualquer cidadão foi legitimado a pleitear em juízo contra atos ilícitos de autoridade pública, lesivos ao patrimônio público (Constituição de 1934, art. 113, n. 38). Todavia, a ampliação da tutela jurisdicional para introduzir as autênticas ações coletivas ou de grupo no Direito Processual Brasileiro ocorreu com a instituição da ação civil pública, por meio da Lei Complementar 40, de 14.12.1981, e da Lei 7.347, de 24.07.1985 (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 732).

A partir de então, o campo de manifestação dos direitos coletivos ou difusos deixou de ser apenas o relacionado à atuação ilegal e lesiva dos agentes do Poder Público, como se passava com a ação popular, tornando-se possível a defesa coletiva contra quem quer que ofendesse os interesses coletivos ou difusos, fosse um administrador público ou algum particular (THEODORO JÚNIOR, 2016, v. 2, p. 732).

Atualmente, são exemplos de ações coletivas a ação popular (CF, art. 5º, LXXIII; Lei 4.717/65), a ação civil pública (CF, art. 129, III; Lei 7.347/85), o mandado de segurança coletivo (CF, art. 5º, LXX; Lei 12.016/09) e o mandado de injunção coletivo (CF, art. 5º, LXXI; Lei 13.300/16).

Em sua redação originária, a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) previa apenas a possibilidade de ajuizamento de ações de responsabilidade civil para reparação de danos causados aos direitos por ela protegidos, ação de execução da sentença condenatória, ação de obrigação de fazer ou não fazer, bem como eventual ação cautelar antecedente ou incidente. Todavia, com o advento do CDC (Lei 8.078/90), o âmbito de abrangência da Lei 7.347/85 foi ampliado, de sorte que, atualmente, podem ser propostas todas e quaisquer ações para a tutela dos direitos protegidos, como, por exemplo, a ação de anulação de contrato administrativo lesivo ao meio ambiente (NERY JR.; ABBOUD, 2017, p. 348).

Quanto ao objeto, a Lei 7.347/85 rege as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, por infração da ordem econômica, *à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos* e ao patrimônio público e social (art. 1º).

Segundo Neves (2019, p. 417), o rol é meramente exemplificativo, considerando-se o inciso IV do dispositivo, que prevê o cabimento da ação civil pública para a tutela de qualquer direito difuso ou coletivo, ainda que não expressamente previsto no rol legal.

A tutela dos direitos coletivos em sentido amplo, ganhou força na segunda metade do século XX. De acordo com Grinover (2014, p. 403):

A tutela jurisdicional dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos representa, neste final de milênio, uma das conquistas mais expressivas do direito brasileiro. Colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, os interesses transindividuais têm uma clara dimensão social e configuram nova categoria política e jurídica.

Seguindo a tendência de reforço da tutela jurisdicional dos interesses coletivos *lato sensu*, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira na história do constitucionalismo a consagrar a ação civil pública, ao dispor no art. 129,

inciso III, que são funções institucionais do Ministério Público, “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” (BRASIL, 1988).

A topografia do dispositivo constitucional *não deve enganar o intérprete*. À primeira vista, *poder-se-ia compreender* a ação civil pública como um simples instrumento jurídico, dentre outros tantos, à disposição do Ministério Público para o cumprimento de suas funções institucionais. Todavia, a legislação infraconstitucional estende a legitimidade da ação a outros órgãos públicos e atores sociais. Assim, dispõe o artigo 5º da Lei 7.347/85, que têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil, e que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Dessa forma, embora a Constituição Federal aluda à ação civil pública como instrumento judicial à disposição do Ministério Público, a legislação infraconstitucional confere legitimidade a diversas entidades públicas e privadas para defesa judicial de direitos difusos e coletivos.

Assim, integrantes da Administração Pública Direta e Indireta, bem como associações constituídas há mais de um ano e que apresentem entre suas finalidades institucionais a proteção dos direitos difusos e coletivos, podem fazer uso desse valioso instrumento jurídico de tutela coletiva.

No tocante à Defensoria Pública, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.943-DF, reconheceu a constitucionalidade do inciso II do artigo 5º da Lei 7.347/85, admitindo a legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública.

Em síntese, a ação civil pública corresponde a verdadeiro instrumento social e democrático de tutela coletiva, posto à disposição de diversos atores públicos e privados para garantia dos direitos difusos e coletivos. A conotação social e democrática da ação é de tal ordem que a própria legislação impôs a presença do Ministério Público, fiscal da ordem jurídica, sempre que o mesmo não intervier no processo como parte (Lei 7.347/75, art. 5º, § 1º).

3 DIREITOS COLETIVOS *LATO SENSU*: PANORAMA CONSTITUCIONAL

Embora anuncie algumas espécies de direitos ou interesses objeto de sua tutela, a Lei da Ação Civil Pública trata basicamente dos aspectos processuais do instituto. Todavia, assevera Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 733) que no plano material há abundante legislação acerca do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural, das reservas florestais, paisagísticas, e da repressão às ofensas à ordem econômica popular.

Evidentemente, a presente pesquisa não enfrenta nem os aspectos processuais nem a legislação protetiva, pois o que se pretende compreender é a posição constitucional da ação civil pública. Desse ponto de vista, os direitos ou interesses tutelados por intermédio da ação civil pública (meio-ambiente, defesa do consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ordem urbanística, dentre outros) costumam receber da doutrina a qualificação de direitos fundamentais de terceira dimensão.

Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2014, p. 276), baseados na lição de Paulo Bonavides, afirmam que:

Dentre os direitos fundamentais de terceira dimensão mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito à comunicação.

A Constituição de 1988 não apresenta uma sistematização dos direitos coletivos *lato sensu*, estando os mesmos não só previstos no Título II da Lei Maior, mas também espalhados ao longo do texto constitucional.

Lembra José Afonso da Silva (2015, p. 261) que, durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, houve forte tendência em abrir um capítulo especial para os direitos coletivos, no qual se arrolariam os de reunião, de associação, cultos e cerimônias públicas, de organização sindical, de manifestação coletiva de interesses grupais, associativos e sindicais, incluindo a de paralisação coletiva do trabalho, de obtenção de informações do Poder Público, de participação dos movimentos sociais organizados na Administração Pública, de entidades e associações defenderem em juízo os interesses dos respectivos associados e categorias, o direito ao meio ambiente sadio, à identidade histórica e cultural e dos consumidores.

Todavia, muitas propostas tinham sentido corporativo, e a relatoria dos

projetos eliminou o capítulo dos direitos coletivos, passando a intitulá-lo “Direitos e deveres individuais e coletivos”. Contudo, nem todos os projetados direitos coletivos foram incluídos nesse capítulo, nem seria adequado. Desse modo, por exemplo, os direitos de organização sindical e de greve foram incluídos no capítulo dos direitos sociais. O direito ao meio ambiente e à identidade histórica e cultural constam do título da ordem social. Restaram no capítulo dos direitos individuais e coletivos, os direitos à informação, à representação associativa, do consumidor, de reunião e de associação (SILVA, 2015, p. 261-262).

A despeito de não estarem todos congregados em um capítulo específico, é possível uma visão sistemática dos direitos coletivos na Constituição Federal. De início, destacam-se direitos coletivos que poderiam ser qualificados como macroestruturais, como o direito fundamental de viver em uma sociedade livre, justa e solidária, desenvolvida, livre da pobreza e da marginalização e de quaisquer espécies de preconceito ou discriminação (CF, art. 3º).

Ainda nessa perspectiva, também é possível lembrar a autodeterminação dos povos, a defesa da paz, a cooperação entre os povos, a prevalência dos direitos humanos, dentre outros princípios norteadores das relações internacionais (art. 4º).

Além dos direitos macroestruturais, a Constituição Federal prevê um capítulo próprio para os direitos individuais e coletivos (Cap. I do Tít. II - art. 5º). Inegável que mesmo aqueles direitos reconhecidamente individuais, como por exemplo o direito de propriedade, assumem no plano constitucional uma dimensão coletiva, devendo ser compreendidos dentro da lógica do Estado Democrático de Direito.⁵

Assim, por exemplo, quando a Constituição Federal preconiza no art. 5º, III, que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (BRASIL, 1988), está evidentemente reconhecendo uma garantia individual, mas ao mesmo consagrando a dimensão coletiva de uma sociedade democrática e civilizada. O mesmo se diga em relação à liberdade de expressão (art. 5º, IV), ao mesmo tempo direito individual e garantia da própria democracia. Trata-se, com efeito, da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que não será abordada na presente pesquisa.⁶

5 A ideia de função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da CF) é circunstância indicativa dessa dimensão.

6 “O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais. O primeiro grande precedente na matéria foi o caso *Lüth*, julgado em 15 de

A Constituição reconhece direitos tipicamente coletivos no artigo 5º, como o direito de reunião (XVI), de associação (XVII), a possibilidade de representação processual por parte das associações (XXI), a proteção do consumidor (XXXII), o direito à informação (XXXIII), dentre outros.

Fora do Capítulo I, mas ainda no Título II, é possível identificar outros direitos coletivos. Os direitos dos trabalhadores previstos no art. 7º, embora de titularidade individual, também possuem uma dimensão coletiva, na medida em que representam direitos reconhecidos à classe trabalhadora.

No plano das relações coletivas de trabalho, é garantida a liberdade de associação profissional e sindical (art. 8º), além da vedação de intervenção e da interferência estatal na organização sindical (art. 8º, I), a previsão de legitimidade do sindicato na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (art. 8º, III), bem como o exercício do direito de greve (art. 9º), outro direito fundamental de expressão coletiva.

Ainda no Título II, o texto constitucional consagra os partidos políticos, garantindo liberdade na sua criação, fusão, incorporação e extinção, resguardados, dentre outros, o regime democrático e os direitos fundamentais da pessoa humana (art. 17), além de garantida a autonomia interna (art. 17, § 1º).

Mesmo fora do catálogo do Título II da Lei Maior, é possível identificar direitos fundamentais de titularidade coletiva, como o direito dos administrados a uma Administração pautada pela legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, *caput*), a representar direitos difusos e coletivos à boa administração. No âmbito internacional, referido direito está expressamente reconhecido pela Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 41), que garante, dentre outros, que todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

A moralidade administrativa, de modo particular, foi objeto de tutela específica por parte do Constituinte no § 4º do art. 37, ao estabelecer que os atos de improbidade importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.⁷

janeiro de 1958” (BARROSO, 2010, p. 355-356).

7 Não há dúvida de que a ação de improbidade é uma das ações de tutela coletiva. “A ação de improbidade é ação civil que visa punir os agentes públicos e particulares que atuem em colaboração ou se beneficiando da atuação do agente, por atos de improbidade. Pode ser proposta pela pessoa jurídica lesada – ou seja, uma das entidades elencadas no art. 1º da Lei 8.429/92 que tenha sofrido o ato de improbidade – ou pelo Ministério Público” (CARVALHO, 2017, p. 970).

O dispositivo constitucional é complementado pelo § 5º, que prescreve que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.⁸

A moralidade administrativa é um interesse tipicamente difuso. A expressão “interesses difusos e coletivos” foi utilizada pelo constituinte originário justamente quando da referência à ação civil pública no rol das funções institucionais do Ministério Público (art. 129, III, da CF), concebendo-se constitucionalmente a ação civil pública “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (BRASIL, 1988).

Evidentemente, a Constituição não define o que são os interesses difusos e coletivos, tema que ficou a cargo do legislador ordinário. O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) foi o diploma normativo a conceituar os direitos difusos e coletivos, fazendo-o no parágrafo único do art. 81.⁹

Como se vê, a lei englobou no conceito de direitos coletivos *lato sensu* três espécies de direitos ou interesses, ou seja, os direitos difusos, os coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos.

O conceito de direito transindividual é residual, aplicando-se a todo direito material que não seja de titularidade de um indivíduo, seja pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado. O direito difuso tem como titular a coletividade, representada por sujeitos indeterminados e indetermináveis (NEVES, 2019, p. 419).

O direito coletivo *stricto sensu* é transindividual (metaindividual ou supraindividual), porque seu titular não é um indivíduo, assim como ocorre com o direito difuso. Há, entretanto, uma diferença entre o difuso e o coletivo: enquanto no direito difuso o titular do direito é a coletividade,

8 O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 852.475-SP, com repercussão geral, reconheceu a imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de ato doloso de improbidade administrativa, tendo sido aprovada a seguinte tese: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa” (BRASIL, 2019).

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

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

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

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

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum” (BRASIL, 1990).

no direito coletivo é uma comunidade determinada por um grupo, classe ou categoria de pessoas (NEVES, 2019, p.421).

Quanto aos interesses ou direitos individuais homogêneos, os mesmos decorrem de uma origem comum. Todavia, segundo Neves (2019, p. 423), essa origem comum parece não ser o suficiente para a caracterização de um direito individual homogêneo, pois apesar de ser o único requisito previsto na legislação, para que a reunião de direitos individuais resulte em um direito individual homogêneo é necessário que exista entre eles uma homogeneidade, sendo esse o segundo elemento dessa espécie e direito.

Outros direitos difusos e coletivos são assegurados pelo texto constitucional. Pode-se lembrar a ordem econômica, que tem por fim assegurar a todos uma existência digna, garantindo, dentre outros, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, e objetivando a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (CF, art. 170).

A tutela coletiva da ordem econômica envolve ainda a repressão do abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, fundamento constitucional de todo o sistema de proteção à concorrência (CF, art. 173, § 4º).¹⁰

Ainda no Título da Ordem Econômica e Financeira (Título VII), a Constituição Federal consagra o direito difuso ao desenvolvimento urbano, cujo objetivo é a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes (CF, art. 182).¹¹

A Ordem Social também consagra uma série de direitos difusos e coletivos. Podem-se citar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, todos integrados pelo Constituinte no conceito de seguridade social (art. 194).

A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (CF, art. 196). Os serviços de saúde são conceituados como de relevância pública (CF, art. 197), ficando sob a tutela do Ministério Público, nos termos do artigo 129, II, da Constituição Federal.

¹⁰ Sistema disciplinado fundamentalmente na Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.

¹¹ Dispositivo regulamentado no plano infraconstitucional pela Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. (Estatuto das Cidades).

A previdência social também implica na proteção coletiva em face de eventos que inviabilizem a plena capacidade laboral (CF, art. 201). De modo semelhante, a assistência social, mas agora numa perspectiva não contributiva, procura conferir proteção jurídica àqueles que não possuem meios de prover à própria subsistência (CF, art. 203).

A Constituição Federal também faz referência aos direitos difusos e coletivos à educação (art. 205), aos direitos culturais (art. 215), à proteção das manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional (art. 215, § 1º), bem como à ideia de patrimônio cultural brasileiro (art. 216).

Da mesma forma, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito difuso de natureza intergeracional (CF, art. 225). Também podem ser compreendidos em uma dimensão coletiva os direitos da criança, do adolescente e do jovem (CF, art. 227; Lei 8.069/90), a acessibilidade de pessoas com deficiência (CF, art. 227, § 2º), o direito das pessoas idosas ao amparo da família, da sociedade e do Estado (CF, art. 230) e o reconhecimento dos direitos indígenas (CF, art. 231).

Como se vê, a Constituição Federal de 1988 não só reconheceu expressamente uma série de direitos coletivos em sentido lato, assim como outorgou os instrumentos jurídicos que possibilitam sua tutela, num verdadeiro sistema constitucional de tutela coletiva.

4 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

Ação civil pública ostenta condição de verdadeiro remédio constitucional e, nesse sentido, trata-se de garantia constitucional submetida ao regime jurídico dos direitos fundamentais. Procurar-se-á, no presente tópico, expor as razões dessa compreensão.

Em primeiro lugar, é possível fazer um paralelo entre a ação civil pública e a ação popular, essa sem qualquer sombra de dúvida uma garantia fundamental por expressa previsão constitucional. Com efeito, a Constituição Federal legitima qualquer cidadão a propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (CF, art. 5º, LXXIII).

Há, portanto, coincidência parcial entre o objeto de tutela da ação civil pública e o da ação popular (patrimônio público, meio ambiente, patrimônio

histórico e cultural). A própria Lei da Ação Civil Pública estabelece em seu artigo 1º a regência das ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais, sem prejuízo da ação popular.

Em segundo lugar, a ação civil pública, no tocante à legitimidade ativa, pode ser comparada ao mandado de segurança coletivo. Com efeito, a Constituição da República outorga legitimidade ativa para a propositura do mandado de segurança coletivo às associações, bem como aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, organização sindical e entidade de classe (CF, art. 5º, LXX, “a” e “b”).

Por sua vez, a ação civil pública é instrumento jurídico posto à disposição das associações, da Defensoria Pública e do Ministério Público, dentre outros, em regra para a tutela de direitos de titularidade coletiva.

Na mesma linha de intelecção, o próprio mandado de injunção, que viabiliza o exercício dos direitos e liberdades constitucionais nos casos de omissão normativa (CF, art. 5º, LXXI), pode ser utilizado na via coletiva, podendo ser promovido, nos termos do art. 12 da Lei 13.300/16, pelo Ministério Público, quando for especialmente relevante para o exercício de suas atribuições constitucionais, por partido político com representação no Congresso Nacional (para assegurar o exercício de direitos relacionados à finalidade partidária), por sindicato, entidade de classe ou associação constituída e em funcionamento há pelo menos um ano (para assegurar o exercício de direitos em favor da totalidade ou de parte de seus membros), e pela Defensoria Pública, na promoção dos direitos humanos e na defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados.

Nesse contexto, não haveria qualquer razoabilidade lógica ou jurídica em excluir do conceito de garantia fundamental a ação civil pública, destinada à proteção do patrimônio público, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural (tal como a ação popular) e posta à disposição das associações, entidades de classe e sindicatos (tal como o mandado de segurança e o mandado de injunção coletivos) para esse mister. A própria estrutura constitucional restaria subvertida.

Nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves (2019, p. 418), a ação civil pública tem o mais amplo campo de cabimento dentre todas as ações coletivas do processo coletivo comum, pois além de ser cabível nas três espécies de direitos tutelados pelo microsistema coletivo (difuso, coletivo e individual homogêneo), é instrumento apto a tutelar, além dos direitos

previstos no art. 1º da Lei 7.347/85, outros direitos, como o direito das crianças e adolescentes, idosos, pessoas com deficiência, saúde pública e educação.

Importante destacar que o processo coletivo integra um microsistema de tutela coletiva, cuja tipologia envolve, a título de exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei da Ação Civil Pública, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei do Mandado de Segurança (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2016, p. 53).

Conforme referido por Remedio e Hayacida (2017, p. 101), embora não haja no Brasil um Código de Processo Coletivo, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial n. 1.106.515-MG, entendeu que o art. 21 da Lei 7.347/85 e o art. 90 da Lei 8.078/90, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado microsistema ou minissistema de proteção aos interesses ou direitos coletivos em sentido amplo, com o qual se comunicam, entre outras normas, o Estatuto do Idoso (Lei 10.741, de 1º-10-2003), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13-7-1990), a Lei da Ação Popular (Lei 4.717, de 29-6-1965), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429, de 2-6-1992). Dessa forma, os diversos instrumentos e institutos processuais podem ser utilizados para propiciar a adequada e efetiva tutela coletiva.

Outra razão para entender a ação civil pública como garantia fundamental é que, assim o fazendo, preserva-se o núcleo essencial de direitos e posições jurídicas fundamentais, ou mesmo instituições indispensáveis à vida democrática. Todavia, antes de indicar quais são esses direitos e instituições, necessária atenção deve ser dada ao conceito de núcleo essencial.

Alguns ordenamentos constitucionais consagram expressamente a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais (art. 19, II, da Lei Fundamental Alemã de 1949; art. 18, III, da Constituição Portuguesa de 1976; e art. 53, n. 1, da Constituição Espanhola de 1978).

O art. 19, II, da Lei Fundamental Alemã, consiste numa tentativa de resposta ao poder quase ilimitado do legislador no âmbito dos direitos fundamentais. Até o início do século XX, a doutrina entendia que a proteção dos direitos individuais era realizada mediante a aplicação do princípio da legalidade, o que significava que os direitos fundamentais submetidos a uma reserva legal poderiam ter a sua eficácia completamente esvaziada pela ação legislativa (MENDES; BRANCO, 2013, p. 211).

Tentou-se contornar esse perigo do esvaziamento dos direitos de liberdade com a doutrina das garantias institucionais (*Institutgarantien*), segundo a qual determinados direitos concebidos como instituições jurídicas deveriam ter o mínimo de sua essência garantido constitucionalmente. Nesse cenário, a Lei Fundamental de Bonn declarou expressamente a vinculação do legislador aos direitos fundamentais (LF, art. 1º, III), estabelecendo diversos graus de intervenção legislativa no âmbito de proteção desses direitos. No art. 19, II, consagrou-se a proteção do núcleo essencial (*In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesengehalt angestattet werden*). Esse dispositivo, que pode ser considerado uma reação contra os abusos do nazismo, atendia também às reivindicações da doutrina constitucional da época de Weimar, que ansiava por impor limites à ação legislativa no âmbito dos direitos fundamentais (MENDES; BRANCO, 2013, p. 211-212).

Na mesma tendência, as Constituições Portuguesa e Espanhola contêm dispositivos que limitam a atuação do legislador na restrição ou conformação dos direitos fundamentais (art. 18º, n. 3, da Constituição Portuguesa de 1976, e art. 53, n. 1, da Constituição Espanhola de 1978). De se ressaltar que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais (MENDES; BRANCO, 2013, p. 211-212).

Entender a ação civil pública como um instituto não participante do regime jurídico próprio dos direitos e garantias fundamentais implicaria em reconhecer que a mesma pode ser objeto de restrição ou até supressão por parte do Legislador Constituinte Reformador, o que acarretaria uma série de violações ao núcleo essencial de diversos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o primeiro direito fundamental violado seria o direito de associação ou direito de representação processual das associações. A Constituição Federal reconhece expressamente como direito fundamental não apenas a possibilidade de se fundar associações com fins lícitos (art. 5º, XVII), mas também a limitação da intervenção estatal em seu funcionamento (art. 5º, XVIII), inclusive mediante submissão da possibilidade de suspensão ou dissolução à reserva de jurisdição (art. 5º, XIX). Garante-lhes, outrossim, o direito de representação processual dos associados (art. 5º, XXI), bem como a legitimidade para impetração de mandado de segurança coletivo, como

acima indicado.

A legitimação para as ações coletivas foi uma novidade do constitucionalismo brasileiro emergente a partir de 1988, guardando relação estreita com a própria garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional.

De acordo com José Afonso da Silva (2015, p. 263):

(...) Em consequência, a Constituição já previu casos de representação coletiva de interesses coletivos ou mesmo individuais integrados numa coletividade.

É assim que se estabelece que *as entidades associativas, quando expressamente autorizadas* (certamente em seus estatutos), têm legitimidade para representar seus filiados em juízo ou fora dele (art. 5º, XXI), legitimidade essa também reconhecida aos sindicatos em termos até mais amplos e precisos, *in verbis: ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas* (art. 8º, III).

Seria um contrassenso sustentar em um esquema constitucional que protege a associação como um dos elementos centrais da vida democrática, que um de seus principais instrumentos de atuação judicial pudesse simplesmente ser entendido como uma ação sem o qualificativo de garantia fundamental. O núcleo essencial dos próprios direitos de associação e de representação processual seriam atingidos se uma emenda constitucional viesse a restringir ou revogar o cabimento e a utilização da ação civil pública. Tratar-se-ia, com efeito, de uma proposta de emenda inconstitucional, por envolver violação a direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4º, IV).

Pelas mesmas razões, em caso de eventual restrição à utilização ou manejo da ação civil pública, restariam violados a liberdade sindical (CF, art. 8º, I) e o próprio exercício da sua representação na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (CF, art. 8º, III), ambos direitos fundamentais previstos no Título II da Constituição.

Com efeito, uma proposta de Emenda Constitucional que inviabilizasse a utilização da ação civil pública por parte das entidades sindicais, apresentaria uma clara tendência de abolição do núcleo essencial da própria organização sindical, em evidente violação ao postulado da proibição do retrocesso social.

Do mesmo modo, as prerrogativas do Ministério Público seriam frontalmente vulneradas se a ação civil pública, seu principal instrumento de atuação na proteção dos direitos ou interesses difusos e coletivos, pudesse ser simplesmente revogada por não constituir garantia fundamental.

O Ministério Público foi concebido pela Constituição de 1988 como

instituição permanente, a quem incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127). A respeito, leciona Alexandre de Moraes (2012, p. 656):

Como um dos *fiscais do regime democrático*, o legislador constituinte originário escolheu o *Ministério Público*, ao afirmar que 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.

Para garantir que o Ministério Público, em defesa da sociedade, exercesse seu mister constitucional, entre eles a defesa da federação, do regime democrático, diversas garantias de independência e autonomia foram previstas, bem como diversos sistemas de controle (*grifo no original*).

Retirar atribuições do Ministério Público implicaria em violar o próprio regime democrático e, em última análise, o núcleo intangível da Constituição (artigo 60, § 4º). Após indicar as atribuições do *Parquet*, dentre elas a propositura de ação civil pública na tutela de direitos ou interesses difusos e coletivos, destaca Alexandre de Moraes (2012, p. 658):

Retirar do Ministério Público tais funções, ou mesmo retirá-lhes as garantias para o bom exercício destas funções corresponde a diminuir a efetividade das liberdades públicas, ou em outras palavras, aboli-las parcialmente, de forma implícita, o que é taxativamente vedado pelo texto constitucional.

A pretensão de alterar as funções, garantias ou prerrogativas do Ministério Público, encontraria óbice no art. 60, § 4º, da Constituição Federal, pois alteraria a fiscalização do regime democrático e dos direitos e garantias fundamentais, repercutindo no princípio da separação de poderes, sendo, pois, de flagrante inconstitucionalidade (MORAES, 2012, p. 658).

Pode-se mesmo dizer que o sistema constitucional de tutela coletiva é núcleo intangível pelo Poder Constituinte Reformador, ou seja, trata-se de parte fundamental do Constitucionalismo Contemporâneo.

Para José Adércio Leite Sampaio (2014, p. 1532), as questões de direito coletivo, temário indispensável do Direito do século XXI, surgem das complexidades de estruturas sociais heterogêneas de nosso tempo e desafiam uma proteção efetiva, não só por meio de políticas públicas, mas também de instrumentos processuais de tutela, sendo necessária a adaptação dos tradicionais mecanismos do processo, sobretudo por meio de uma legitimidade

ativa alargada, como reconhece expressamente o § 1º do art. 129 da CF.

Nesse domínio, a função do Ministério Público matiza seu caráter de órgão estatal para situá-lo em uma zona entre o sistema estatal e o sistema social. É visto, assim, numa relação conflitual, ora em relação à sociedade, na realização de valores objetivos, ora em relação ao Estado, em face de omissões e de ações que violem direitos constitucionais e legais (SAMPAIO, 2014, p. 1532).

Semelhantes argumentos poderiam ser utilizados em relação à Defensoria Pública. De fato, trata-se de instituição destinada à concretização da garantia fundamental da assistência jurídica gratuita (CF, art. 5º, LXXIV). Privar a Defensoria, instituição permanente a quem incumbe a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, de forma integral e gratuita (CF, art. 134), de um instrumento jurídico como a ação civil pública, seria vulnerar sua missão constitucional, pondo em xeque a própria assistência jurídica gratuita inscrita no rol de direitos individuais.

Em outras palavras, deixar de reconhecer a ação civil pública como garantia fundamental imune às deliberações majoritárias, mesmo as qualificadas pelo *quórum* de emenda constitucional, representaria violação do núcleo fundamental do direito à assistência jurídica gratuita prevista no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, em clara ruptura com a trajetória constitucional do Brasil.¹²

Por fim, eventual restrição à ação civil pública também representaria violação à própria garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), rompendo com o sistema constitucional de 1988 que, inovando em relação à tradição constitucional construída a partir da Constituição Federal de 1946, passou a prever não apenas que a lei não pode excluir da apreciação judicial lesão ou ameaça a direito individual, mas sim a quaisquer espécies de direitos, inclusive os de titularidade coletiva ou individuais homogêneos.

Vê-se que se trata de garantia umbilicalmente ligada à própria essência do Estado Democrático de Direito. Já no Preâmbulo, a Constituição Federal refere-se à instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar o

12 A ideia de assistência jurídica está relacionada à emergência do Estado Social no Brasil. “A preocupação com a assistência jurídica aos menos favorecidos economicamente apareceu pela primeira vez no direito constitucional brasileiro na Constituição de 1934 (art. 113, inciso XXXII). A Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, era omissa a respeito, bem como a Constituição de 1891. A referência ao tema desaparece com a Constituição de 1937, ressurgindo posteriormente na Constituição de 1946 (art. 141, § 35) e na Constituição de 1967 (art. 153, § 31). (MARINONI, MITIDIERO, 2014, p. 491).

exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

No artigo 1º da Lei Maior, a ideia de Estado Democrático de Direito, central no constitucionalismo internacional após a 2ª Guerra Mundial, é reafirmada nos seguintes termos: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”(…) (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal de 1988 promoveu o acesso à justiça, criou e ampliou ações individuais e coletivas voltadas à tutela de direitos e conferiu novo perfil a instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública (SOUZA NETO; SARMENTO, 2019, p. 175).

Diversos instrumentos jurídicos são criados pelo Constituinte nesse contexto de reafirmação da democracia no Brasil. Dentre eles, destacam-se o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (remédios que procuram combater um dos grandes males do constitucionalismo brasileiro, que é a impossibilidade de exercício de um direito constitucional por falta de regulamentação legislativa), a própria previsão do mandado de segurança coletivo, a ampliação do rol de legitimados para a propositura das ações do controle abstrato de constitucionalidade e, como acima indicado, a constitucionalização da ação civil pública.

Esses instrumentos jurídicos devem ser compreendidos como mecanismos destinados à concretização do próprio Estado Democrático de Direito e de seus fundamentos, entre os quais a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF, art. 1º, II, III e IV).

Deve-se também compreendê-los como mecanismos que auxiliam no cumprimento dos objetivos fundamentais da República, previstos no artigo 3º da Constituição Federal.¹³

Não há dúvida de que as ações constitucionais têm papel central nesse processo de garantia dos direitos fundamentais, e é nesse contexto que se deve compreender a ação civil pública. Em outras palavras, a ação civil pública radica-se e fundamenta-se nas próprias ideias de Estado Democrático de

13 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988).

Direito e dignidade humana, posicionando-se na perspectiva de observância dos fundamentos e cumprimento dos objetivos fundamentais da República (CF, arts. 1º e 3º).

Trata-se de instrumento democrático de concretização de direitos fundamentais, posto à disposição de instituições igualmente democráticas como associações, entidades de classe, sindicatos, Ministério Público e Defensoria Pública, para a defesa de fundamentos e dos objetivos fundamentais da República.

Como instrumento de diversos atores públicos e sociais na proteção a direitos fundamentais, não haveria sentido compreender a ação civil pública com natureza jurídica distinta de uma verdadeira garantia fundamental, imune à ação das maiorias parlamentares contingenciais, inclusive do Poder Constituinte Reformador.

Essa condição de garantia fundamental deve colocar a ação civil pública a salvo não apenas de propostas de reforma constitucional que tenham por fim aboli-la ou restringi-la, mas também a legislação infraconstitucional que lhe dá concretude não pode ser alterada, de modo a dificultar ou inviabilizar sua utilização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ação civil pública ocupa no ordenamento jurídico brasileiro a posição de garantia constitucional, ao lado das demais ações constitucionais, como o *habeas corpus*, *habeas data*, ação popular, mandado de segurança e mandado de injunção.

Partilhando do regime jurídico próprio dos direitos fundamentais, embora não conste expressamente do catálogo do Título II da Constituição Federal, a ação civil pública se beneficia dos efeitos desse regime, sobretudo da ideia de intangibilidade, o que a coloca como posição jurídica infensa aos poderes constituídos, mesmo as maiorias parlamentares qualificadas, necessárias ao exercício do poder de reforma constitucional.

Pode-se falar em um verdadeiro direito fundamental à tutela coletiva, e que, embora o art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, mencione expressa e literalmente os direitos e garantias individuais, as ações constitucionais, inclusive as coletivas, também estão cobertas pelo manto da intangibilidade.

A democracia é o coração da Constituição de 1988. Logo no Preâmbulo, o constituinte originário revela com toda a clareza o seu compromisso com o

Estado Democrático de Direito. No mesmo sentido, o art. 1º da Constituição consagra a democracia como o regime político do país.

O inciso IV do § 4º do artigo 60 da Lei Maior não pode ser interpretado de modo desconectado da carga axiológica presente no texto constitucional. Assim, só uma leitura parcial do dispositivo concluiria que as ações constitucionais, dentre elas a ação civil pública, não estariam protegidas em face do Poder Reformador.

A ação civil pública é instrumento fundamental à tutela coletiva. Para concretização de sua missão constitucional, diversos atores dependem desse instrumento jurídico, como as associações, entidades de classe, sindicatos, Ministério Público e Defensoria Pública. Trata-se de ação destinada à proteção de direitos fundamentais de terceira dimensão, dentre outros, a moralidade administrativa, a proteção do consumidor, o meio-ambiente, a ordem econômica, a ordem urbanística, e os bens de valor histórico, artístico e paisagístico.

Imaginar a possibilidade de limitação ou revogação a ação civil pública, representaria violação ao núcleo essencial de direitos fundamentais, como o direito de associação, de representação processual das associações, à livre organização sindical, de representação das categorias econômica e profissional, à assistência jurídica integral e gratuita, além de representar vulneração das garantias de instituições permanentes e dedicadas à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos indisponíveis, como o Ministério Público, e à promoção dos direitos humanos e defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, como a Defensoria Pública. A garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional também estaria prejudicada.

Em última análise, tal limitação colocaria em xeque os próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito, como a cidadania, a dignidade humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, contrariando os objetivos fundamentais da República indicados no art. 3º da Constituição Federal.

Ora, não haveria qualquer propósito em fundar um Estado Democrático de Direito na cidadania e na dignidade humana (art. 1º, II e III), reconhecer a associação dos indivíduos em entidades, sindicatos (art. 8º) e partidos políticos (art. 17), viabilizar o amplo acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV), reconhecer direitos difusos e coletivos, outorgar mecanismos judiciais para tutela desses direitos e conceber a centralidade da democracia no

ordenamento constitucional, se o Legislador Constituinte Reformador pudesse promover alterações que representassem lesão ao sistema de tutela coletiva erigido pela Constituição de 1988.

Assim, pode-se afirmar que tanto a revogação como a limitação normativa da ação civil pública, como qualquer tentativa de desconstitucionalização do instituto, representam violação aos preceitos fundamentais.

A tutela coletiva integrou-se definitivamente ao constitucionalismo brasileiro, colocando-se como valor e garantia fundamentais a serem reconhecidos e preservados pelo sistema de Direito Positivo Nacional.

Tem-se, em conclusão, que a ação civil pública, embora não prevista expressamente no rol de direitos e garantias individuais contemplado no art. 5º da Constituição Federal de 1988, partilha do regime jurídico próprio dos direitos fundamentais, qualificando-se como garantia fundamental na proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, não podendo, assim, ser objeto de deliberação de proposta de emenda constitucional tendente a abolir o instituto, por força do disposto no art. 60, § 4º, inciso IV, da Lei Maior.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **República: teoria e prática**. Petrópolis-Brasília: Vozes/Câmara dos Deputados, 1978.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939-DF. Relator Ministro Sydney Sanches. Brasília: DJ, 18 mar. 1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.685-DF. Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília: DJ, 10 ago. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363397>. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.943-DF. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Brasília: DJe, 6 ago. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058261>Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 852.475-SP. Relator p/Acórdão Ministro Edson Fachin. Brasília: DJe 058, publ. 25 mar. 2019.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 4.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública refém do autoritarismo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; VIGORITI, Vincenzo (Orgs.). **Processo coletivo: do surgimento à atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 403-413.

LEAL, Rogério Gesta. Estado, democracia e corrupção: equações complexas. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 91-106, jan./abr. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p. 491.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NERY JR, Nelson; ABBOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro: curso completo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2019.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

REMEDIO, José Antonio; HAYACIDA, Roberto Yuzo. A admissibilidade da reconvenção nas ações civis públicas. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 97-115, jan./jun. 2017.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentário ao artigo 129 da Constituição Federal. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio

Luiz (Orgs.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p. 1531-1534.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: 2015.

SILVA. José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 2.

Recebido: 05.09.2021

Revisado: 07.12.2021

Aprovado: 30.01.2022