

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA, COMO INSTRUMENTO DE
ACESSO À JUSTIÇA**

**CIVIL ACTION PUBLIC CONCERNING TAX, AS A MEANS OF ACCESS TO
JUSTICE**

Sebastião Sérgio da Silveira (*)

Ricardo dos Reis Silveira()**

RESUMO: Nos últimos anos testemunhamos uma verdadeira mudança de paradigma na prestação jurisdicional. Passamos de um sistema de tutela essencialmente individual, para um novo modelo, onde a tutela coletiva começa a ganhar relevância. Por certo, a prestação jurisdicional realizada através de ações coletivas possui inequívocas vantagens, com destaque para a maior garantia de acesso à justiça, economia e celeridade processual, além do tratamento isonômico de todos os interessados. Sem embargos dos avanços extraordinários verificados, verificamos alguns retrocessos injustificáveis. O maior deles, talvez seja a resistência em admitir a ação civil pública para proteção de direitos coletivos e difusos em matéria tributária. Inexiste qualquer justificativa plausível para justificar a restrição da tutela de tais interesses difusos pela ação civil pública. As objeções traçadas por parte significativa da jurisprudência, por certo, não encontra amparo na Constituição, além de se altamente lesiva para a sociedade.

ABSTRACT : In recent years we have witnessed a true paradigm shift in adjudication . We moved from a system of essentially individual protection , to a new model where collective protection starts to gain relevance. For sure, the judicial assistance made through collective actions have clear advantages , especially for greater assurance of access to justice , economy and celerity , beyond isonomic treatment of all stakeholders . Without the extraordinary advances embargoes checked , verified unjustifiable some setbacks . The largest, perhaps the

(*) Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNAERP. Professor Doutor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP/USP. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo.

(*) Mestre e Doutor pela UFSCAR. Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNAERP. Professor da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Barretos. Advogado.

strength to admit civil action for protection of collective and diffuse rights in tax matters . Not exist any plausible explanation to justify the restriction of the guardianship of such diffuse interests by civil action. The objection outlined by a significant part of the case, of course, finds no support in the Constitution, and is highly detrimental to society.

PALAVRAS CHAVE: Ação Civil Pública; TutelA; Tributária.

KEYWORDS: Civil Action; Responsibility; Tax.

I - Introdução

A ação civil pública é hoje o mais utilizado instrumento de tutela de interesses coletivos e difusos em Juízo. Tal instrumento passou a ser efetiva garantia de acesso à justiça.

O instituto vem provocando uma verdadeira revolução na forma de prestação jurisdicional em nosso país, fazendo com que abandonássemos o modelo totalmente focado prestação individual, para permitir a utilização dessa democrática e efetiva forma de acesso ao Poder Judiciário, em substituição a muitas ações individuais.

No âmbito da proteção ao meio ambiente, ao consumidor, infância e juventude, urbanismo, pessoa portadora de deficiência, dentre muitos outros temas, a ação civil pública ganhou destaque como inovador e eficiente instrumento de tutela jurisdicional de direitos e interesses metaindividuais, sendo hoje largamente utilizada.

Não obstante, os direitos e garantias dos contribuintes, mesmo que incluídos na classe dos metaindividuais, não estão recebendo a necessária proteção através da ação civil pública, isto porque foi construído um entendimento de que ela não possui adequação para a defesa de tais garantias.

Referido canhestro entendimento não possui guarida na Constituição Federal, que contemplou a ação civil pública como meio de defesa de qualquer interesse difuso e coletivo (art. 129, inciso III), de forma que existe a necessidade de urgente revisão de tal posição, especialmente em nossos tribunais superiores.

A negativa de aplicação da ação civil pública em defesa dos contribuintes vilipendiados por normas ilegais ou inconstitucionais é uma injusta, indevida e

discriminatória restrição, que não mais pode ser tolerada, conforme se busca demonstrar no presente trabalho.

II - O desenvolvimento da tutela coletiva

Embora pareça ser um fenômeno recente, a tutela coletiva possui raízes antigas, que segundo a maioria dos autores nasceu na Inglaterra e, de lá se espalhou por diversos países, encontrando no Brasil, solo fértil para um desenvolvimento extraordinário.

Alguns autores¹ apontam a origem histórica dos processos coletivos na experiência da *common law* na Inglaterra, onde, desde o século XVII, nos chamados Tribunais da Equidade (Courts of Chacery), admitiam-se o bill of peace, ou seja, processos em que líderes de grupos podiam litigar em juízo, demandando, também interesses de seus representados.

Outros autores apontam um referencial histórico ainda mais antigo, ou seja, a tutela coletiva teria surgido na mesma Inglaterra, por volta do século XII, onde determinados grupos tribais litigavam em juízo representados por seus líderes². Essas seriam as primeiras ações de classes (class action).

Embora existam registros históricos de tais ações, a sua utilização na prática deve ter sido muito limitada e restrita, com raros registros de utilização, principalmente em razão da ausência de um regime jurídico definido.

A partir de 1.873, com o advento do Court of Judiciature Act, a class action ganhou definição mais clara, que permitiu sua melhor utilização³, a despeito das interpretações restritivas da jurisprudência.

Com a tímida evolução verificada na Inglaterra, referida experiência ganhou impulso no direito norte americano, especialmente a partir de 1.938, com a Rule 23 das Federal Rules of Civil Procedure e da reforma de 1.966, que conforme anotado por Teori Albino Zavascki, “transformaram esse importante método de tutela coletiva em algo único e absolutamente novo”⁴. Pelo referido regime, admite-se que um ou mais membros de uma classe promovam

¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2009, p. 23.

² CASTILHO, Ricardo. Acesso à justiça: tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público, Uma nova visão. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 02.

³ TUCCI, José Rogério Cruz. Class action e mandado de segurança coletivo. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 11.

⁴ Op. cit., p. 24.

ação em defesa dos interesses de todos os membros, mediante o cumprimento de determinados requisitos.

Já nos anos 70, houve uma preocupação generalizada de vários países de dotar seus sistemas jurídicos de instrumentos capazes de promover a tutela dos interesses difusos e coletivos, principalmente em razão da consciência da necessidade de proteção do meio ambiente e consumidores.

Foi assim que nasceram regras de direito civil e penal, destinadas à proteção de tais bens, que foram disseminadas por várias partes do mundo.

Já em 1.978, Cappelletti e Garth asseveraram que “uma verdadeira revolução está se desenvolvendo no processo civil, especificamente nos interesses difusos”, já que “a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para tal proteção.”⁵

Na França, a Loi Royer, de 1.973, com a reforma de 1.988 contemplou especificamente, a legitimidade das associações legalmente constituídas, para o ajuizamento de ações em defesa dos consumidores, desde que observada a pertinência temática das mesmas.

Em 1.984 a Espanha, através da Lei nº 20/84 – Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios – também instituiu a legitimação da associações para a defesa de interesses de consumidores.

Como muitos outros países, Portugal regulamentou a Constituição de 1.976 (arts. 20, n. 01 e 52, n. 02) através da lei nº 83/95, que disciplinou a ação popular, de iniciativa de qualquer cidadão, para a proteção e defesa dos interesses difusos, como o ambiente e o consumidor.

No Brasil, a história da tutela dos interesses difusos e coletivos também é muito recente. Entre nós, o primeiro diploma a contemplar, efetivamente, a proteção de tais interesses foi a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1.965, que institui a ação popular, para a “anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios”.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, PP. 49-50.

Assim, a ação civil pública brasileira nasceu com a exclusiva vocação de proteção do patrimônio público e, no início, não contemplava outros bens jurídicos.

Não obstante, a Lei nº 6.513, de 20 de dezembro de 1.977, alterou a lei da ação popular para o fim de fazer inserir o § 1º, do seu artigo 1º, alargando o conceito d patrimônio público, para inserir no seu conceito também, “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”.

O outro grande passo rumo à revolução já anunciada por Cappelletti e Garth foi a edição da Lei nº 7.347, de 27 de julho de 1.985, que instituiu a ação civil pública para a proteção dos interesses difusos e coletivos, além de legitimar o Ministério Público, associações e outras pessoas jurídicas para a sua propositura, inaugurando, assim, “um autêntico subsistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma comunidade.”⁶

Por fim, a Constituição Federal de 1.988 consolidou a tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos, alçando a ação civil pública a foro constitucional, com o consequente alargamento de seu campo de atuação.

Por força do artigo 129 da Carta Republicana Brasileira, a ação civil pública passou a destinar-se: “a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Vê-se, portanto, que além de nominar o patrimônio público, o social e o meio ambiente, de forma genérica, a Constituição colocou sob o manto protetivo da ação civil pública qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Além do instrumento protetivo (ação civil pública), a Constituição também cuidou de especificar tutela material a alguns bens jurídicos, como o meio ambiente (art. 225), patrimônio cultural (art. 216), probidade administrativa (art. 37, § 4º), consumidor (art. 5º, inciso XXXVII), educação (art. 205), criança e adolescente (art. 227), saúde (art. 196), dentre muito outros.

⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit., p. 30.

Da mesma forma, inovou o Constituinte Brasileiro de 1.988 ao alargar o âmbito de atuação da ação popular para a tutela do “patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.”

Ficou, assim, constituído um denso microssistema de proteção aos direitos difusos e coletivos, que por certo, colocam o Brasil em situação de vanguarda, isto porque não se conhece nenhum outro país do mundo que possua um sistema tão avançado quanto o brasileiro.

Mais recentemente, houve uma frustrada tentativa de dar ao país um Código das Ações Coletivas. Depois de meses de discussão, uma comissão constituída pelo Ministro da Justiça elaborou um anteprojeto de lei, que encaminhado ao Congresso Nacional, iniciou sua tramitação pela Câmara dos Deputados, onde se transformou no projeto de lei nº 5.139/2009, mas que, em face das muitas divergências registradas, teve sua tramitação abruptamente encerrada.

É certo que um Código das Ações Coletivas poderia trazer uma melhoria na tutela jurisdicional desses direitos. Todavia, o Brasil já possui um arcabouço legislativo extraordinário, de forma que qualquer alteração, com revogação de leis já consolidadas, sempre deve ser vista com muitas ressalvas.

Não obstante, registramos um claro retrocesso, quando uma Medida Provisória impôs a restrição de utilização da ação civil pública para discussão de tributos, com clara violação de diversas garantias contempladas na Constituição da República.

III – Possibilidade de controle da Constitucionalidade pela Ação Civil Pública

As matérias tributárias, em razão do princípio da legalidade, são sempre disciplinadas em lei ou outros atos normativos regulamentares. Nesse sentido, a primeira dificuldade que se coloca para a utilização da ação civil pública nesse movediço campo do direito é a sua utilização como instrumento de controle de constitucionalidade das normas a elas relacionadas.

Como é cediço, a ação civil pública não foi contemplada na Constituição ou em legislação ordinária como instrumento de controle concentrado de constitucionalidade de leis

e demais atos normativos. Por essa razão Hely Lopes de Meirelles e outros⁷, secundados por João Batista de Almeida⁸, apontam forte resistência doutrinária em admitir que a referida ação possa ser utilizada para tal fim.

De fato, é inegável que a utilização da ação civil pública para o controle concentrado de constitucionalidade abstrata de normas não é adequado, isto porque a Constituição disciplinou, de forma completa, os instrumentos e os legitimados que podem desencadear o processo de controle.

Aliás, nesse sentido, Gilmar Mendes sustenta que a instalação de debate sobre controle concentrado de constitucionalidade de norma, esse fato deve determinar a “(...) *suspensão de processo e remessa da questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, via arguição de descumprimento de preceito fundamental, mediante provocação do juiz ou tribunal competente para a causa.*”⁹ Tal decorreria de prerrogativa exclusiva, conferida ao Supremo, pela Constituição da República.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, ao editar a Súmula Vinculante nº 10, que estabeleceu a necessidade de observância da cláusula de reserva de plenário previsto no artigo 97 da Constituição Federal, para a declaração de inconstitucionalidade de lei, reforçou a ideia de que o controle concentrado de constitucionalidade somente pode ser realizado pelas vias estreitas previstas na Carta da República.

Assim, a discussão de matéria tributária em ação civil pública, pode encontrar em tal restrição uma aparente objeção para a sua utilização, isto porque, a disciplina de tal assunto sempre se dá por lei ou outro ato normativo.

Não se pode, portanto, buscar a pura declaração de inconstitucionalidade de lei ou outro ato normativo abstrato, através da ação civil pública, exceto se esse não for o pedido, isto porque, segundo advertência de Luís Roberto Barroso, na ação civil pública existem “(...) *partes determinadas e uma pretensão deduzida em juízo, por intermédio de um pedido, que em hipótese alguma se confunde com a declaração de inconstitucionalidade.*”¹⁰

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes; Wald, Arnoldo; Mendes, Gilmar Ferreira. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 32ª Edição. São Paulo: Malheiros. 2009, p. 216.

⁸ ALMEIDA, João Batista de. Aspectos controvertidos da ação civil pública, São Paulo, RT, 2001, p. 68.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Ação Civil Pública e controle de constitucionalidade: Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública, Coord. Arnoldo Wald. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 1096.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 238.

Todavia, inexistente a mesma objeção quando o pedido não é de declaração “*erga omnes*” de inconstitucionalidade e, “*incidenter tantum*” existe o debate da constitucionalidade de lei ou outro ato normativo, como causa de pedir, sendo que o pedido é de uma providência concreta, vinculada aos limites constitucionais do âmbito da ação civil pública.

Da mesma forma, a objeção apontada não se aplica em situações em que a discussão é sobre efeitos concretos da lei ou ato normativo, ou ainda leis ou atos normativos de efeitos concretos, onde o embate se dá em torno da validade da constitucional de uma determinada relação jurídica. Neste sentido leciona Hugo Nigro Mazzilli

Se, contudo, o ajuizamento da ação civil pública visar, não à apreciação da validade constitucional de lei em tese, mas objetivar o julgamento de uma específica e concreta relação jurídica, aí, então, tornar-se-á lícito promover, incidenter tantum, o controle difuso de constitucionalidade de qualquer ato emanado do Poder Público.¹¹

Alexandre de Moraes, por seu turno, afirma que "(...) em tese, nada impedirá o exercício do controle difuso de constitucionalidade em sede ação civil pública, seja em relação às leis federais, seja em relação às leis estaduais, distritais ou municipais em face da Constituição Federal.”¹²

Sobre a mesma questão, o Supremo Tribunal Federal também já decidiu que ação civil pública pode enfrentar a questão da inconstitucionalidade de leis e atos normativos, desde que com as observações já registradas:

"Na ação civil pública, o objeto principal, conforme já ressaltado, é o interesse público, enquanto que, na ação direta de inconstitucionalidade, o objeto principal e único é a declaração de inconstitucionalidade com força de coisa julgada material e com eficácia erga omnes. Na ação civil pública, a inconstitucionalidade é invocada como fundamento, como causa de pedir, constituindo questão prejudicial ao julgamento do mérito. Na ação civil pública, a constitucionalidade é questão prévia (decidida antes do mérito da ação principal) que influi (prejudica) na decisão sobre o pedido referente à tutela do interesse público. É decidida incidenter tantum, como premissa necessária à

¹¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. O Inquérito Civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 134.

¹² MORAES, Alexandre. Direito Constitucional, 15ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 614.

conclusão da parte dispositiva da sentença. Uma vez que a coisa julgada material recai apenas sobre o pedido, e não sobre os motivos, sobre a fundamentação da sentença, nada obsta que a questão constitucional volte a ser discutida em outras ações com pedidos e/ou partes diversos.”¹³

Na mesma oportunidade, o Supremo Tribunal Federal traçou a distinção entre os campos de atuação da ação direta de inconstitucionalidade e da ação civil pública, destacando que a última, como toda e qualquer outra ação, permite o controle difuso de constitucionalidade de qualquer outra lei ou ato normativo, destacando:

A ação direta de inconstitucionalidade é instrumento do controle concentrado da constitucionalidade; por outro lado, a ação civil pública, como todas as ações individuais ou coletivas, mesmo sendo um instrumento de processo objetivo para a defesa do interesse público, é instrumento de controle difuso de constitucionalidade. Observe-se, ainda, que, na ação civil pública, a eficácia erga omnes da coisa julgada material não alcança a questão prejudicial da inconstitucionalidade, é de âmbito nacional, regional ou local, conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano. Na ação direta, a declaração de inconstitucionalidade faz coisa julgada material erga omnes no âmbito de vigência espacial da lei ou ato normativo impugnado (nacional ou estadual).

No arremate do julgado, o Supremo dissuadiu aqueles que apontam a usurpação da competência da Corte para a declaração de inconstitucionalidade, anotando com correção, que a discussão não lhe é subtraída, isto porque em ações deste jaez, sempre existe a possibilidade de recurso extraordinário. Nesse sentido destacou:

Ademais, as ações civis públicas estão sujeitas a toda cadeia recursal prevista nas leis processuais, onde se inclui o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, enquanto que as ações diretas são julgadas em grau único de jurisdição. Portanto, a decisão proferida na ação civil pública no que se refere ao controle de constitucionalidade, como qualquer ação, se submete, sempre, ao crivo do egrégio Supremo

¹³ S.T.F., RCL 1.733, Rel. Min. Celso Mello, publicada no DJU de 1º.12.2000.

Tribunal, guardião final da Constituição Federal. Finalmente, a ação civil pública atua no plano dos fatos e litígios concretos, através, notadamente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe assegurem eficácia prático-material. A ação direta de inconstitucionalidade, de natureza meramente declaratória, limita-se a suspender a eficácia da lei ou ato normativo em tese. Não se confundem, pois, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação civil pública, não ocorrendo, in casu, usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal."

O Superior Tribunal de Justiça, também já assentou entendimento no sentido de que não há impedimento para a discussão de controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública, desde que a violação constitucional seja invocada como causa de pedir e não como pedido¹⁴.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo, também já asseverou que “*submetem-se as leis locais ao controle da constitucionalidade, pelo método difuso que permite exame do vício, “incidenter tantum”, em todos os níveis, como requisito de solução da lide e pelo sistema concentrado, executado por um único órgão.*”¹⁵

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., acertadamente, destacam os requisitos para que a ação civil pública possa versar sobre controle difuso de constitucionalidade:

- a) que não se identifique na controvérsia constitucional o objeto único da demanda;
- b) que a questão de constitucionalidade verse e atue como simples questão prejudicial;
- c) a existência nos autos de pedido referente a relação jurídica concreta e específica;
- d) apresente-se como causa de pedir e não como pedido a matéria constitucional.¹⁶

¹⁴ S.T.J., REsp nº 830.910-RS, Rel. Min, Denise Arruda, j. 07.10. 2008.

¹⁵ T.J.S.P., Apelação Cível n. 228.133-1, Taquarituba, 3ª Câmara Civil, Relator Des. Ênio Zuliani, j. 27.06.95 - V.U.

¹⁶ DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes, Curso de Direito Processual Civil - Processo Coletivo, v. 4, 3ª ed., Editora Podivm, Salvador, p. 315.

Portanto, observadas as restrições apontadas pela doutrina e jurisprudência, inexistem qualquer objeção legal ou constitucional para que o controle difuso de normas possa ser feito em sede de ação civil pública, inclusive em matéria tributária, quando o fundamento da demanda versar sobre inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

IV – Possibilidade de discussão de legalidade/constitucionalidade de tributos através da ação civil pública

A Constituição da República, a disciplinar as funções institucionais do Ministério Público, criou a ação civil pública para “*a proteção de patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.*” (Artigo 129, inciso III – grifo nosso)

É certo que a Medida Provisória n.º 2.180-35/01, que jamais foi apreciada pelo Congresso Nacional, introduziu o parágrafo único, no artigo 1º, estabelecendo limitações ao espectro da ação civil pública no que toca à discussão sobre tributos, contribuições previdenciárias, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Fundos Constitucionais¹⁷.

Por certo, a Medida Provisória invocada é de manifesta inconstitucionalidade.

Em primeiro lugar, existe a questão da inconstitucionalidade substancial. Tal ocorre porque uma Medida Provisória jamais poderia limitar o alcance de uma garantia, que possui seus contornos fixados no próprio texto constitucional.

Nesse sentido, observe que quando a Constituição se refere a “*outros interesses difusos e coletivos*”, ela os contemplou de forma ampla e irrestrita, de forma que nenhum outro diploma legal, de posição hierárquica inferior poderia restringir o seu alcance. Disso decorre sua absoluta inconstitucionalidade.

De fato, se existe uma modalidade de tutela coletiva contemplada na própria Constituição, não se pode admitir que a lei e muito menos uma viciada Medida Provisória possa limitar o alcance de uma garantia fundamental. Nesse sentido:

Querer que cada contribuinte individualmente entre com uma ação visando extirpar a cobrança do tributo, além de sobrecarregar o judiciário implicará num processo de seleção em que os mais pobres, por não possuírem

¹⁷ Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

recursos para a contratação de um advogado e nem possuem uma defensoria pública estruturada a ponto de atingir o interior dos estados, continuarão sofrendo indevidamente a cobrança de tributos inconstitucionais, violando no mundo fático o princípio da igualdade.¹⁸

Por outro lado, a malsinada Medida Provisória possui **eiva formal**, por desafiar o princípio do “**devido processo legal**”, contemplado no artigo 5º, inciso LIV da Constituição da República.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal possui posição dúbia a respeito da possibilidade de utilização de Medida Provisória para alteração de lei processual. Em um primeiro momento, reconheceu a impossibilidade de utilização de tal instrumento para alteração de norma processual¹⁹. Posteriormente, contrariando o entendimento inicial, reconheceu a “Plausibilidade, ademais, da impugnação da utilização de medidas provisórias para alterar a disciplina legal do processo”²⁰.

Todavia, na sequência, o Supremo Tribunal Federal retomou o entendimento inicial, proclamando o princípio do “*due process of law*” exige a lei (em sentido material e formal), para criação ou alteração de norma processual. Nesse sentido, asseverou:

Inconstitucionalidade. Ação direta. Art. 9º da MP, 2.164-41/2001. Introdução do art. 29-C na Lei 8.036/1990. Edição de medida provisória. Sucumbência. Honorários advocatícios. Ações entre FGTS e titulares de contas vinculadas. Inexistência de relevância e de urgência. Matéria, ademais, típica de direito processual. Competência exclusiva do Poder Legislativo. (...) É inconstitucional a medida provisória que, alterando lei, suprime condenação em honorários advocatícios, por sucumbência, nas ações entre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e titulares de contas vinculadas, bem como naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais.²¹

¹⁸ FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. A legitimidade do Ministério Público como forma de garantir o acesso à justiça, in Jornal Síntese nº 48 - FEV/2001, p. 07.

¹⁹ S.T.F., ADINMC 1.753/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 12.06.1998.

²⁰ S.T.F., ADI nº 1.910-MC-DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 22.04.2004.

²¹ ADI 2.736, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 8-9-2010, Plenário, DJE de 29-3-2011. No mesmo sentido: RE 581.160, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 20-6-2012, Plenário, DJE de 23-8-2012, com repercussão geral (grifei).

Não bastasse a gravidade dos vícios já mencionados, a referida Medida Provisória também violou o artigo 62 da Constituição da República, por não observar os requisitos da urgência e relevância da matéria que justificou sua edição.

Na hipótese versada nos autos, inexistia qualquer situação de urgência apta a autorizar a edição de tal medida de exceção. Nesse sentido, merece ser observado que houve alteração de diploma processual editado há mais de 15 (quinze) anos, sem que qualquer fato novo tivesse ocorrido, como forma de autorizar a usurpação da competência do Poder Legislativo, que, frise-se uma vez mais, jamais chegou a deliberar sobre o conteúdo dessa trágica Medida Provisória.

Da mesma forma, jamais foi invocada qualquer situação que justificasse a relevância exigida para a deflagração do processo da Medida Provisória.

Por certo, os requisitos da Constituição não podem ser encarados como letras mortas do ordenamento. Embora se conheçam decisões do Poder Judiciário negando a possibilidade do controle das exigências de urgência e relevância, o entendimento atual é que tal é possível. Nesse sentido foi o entendimento sufragado do Supremo Tribunal Federal:

Cabe ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes.²²

A edição de medidas provisórias, pelo presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, caput).²³

A flagrante ausência dos pressupostos Constitucionais, não autorizava a edição do ato, que nesse contexto, está eivado da pecha de inconstitucionalidade, que lhe impede de produzir qualquer tipo de efeito.

²² ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-4-2002, Plenário, DJ de 23-4-2004.

²³ ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-4-2002, Plenário, DJ de 23-4-2004.

Não bastasse a sina de violações ao texto constitucional já mencionada, a edição da Medida Provisória também afrontou a cláusula proibitiva de vedação de acesso ao Poder Judiciário, contemplada no inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal.

De fato, tal garantia, de forma indireta, garante o acesso ao Poder Judiciário para a discussão relativa a qualquer alegação de lesão ou de ameaça de lesão a direitos. Ora, ao proibir a utilização da ação civil pública, que é o instrumento constitucionalmente destinado á tutela de interesses difusos e coletivos, a Medida Provisória acabou incidindo em outra crassa eiva de inconstitucionalidade.

Sob essa ótica, Hugo Nigro Mazzilli, assevera, com autoridade, que a Medida Provisória não possui compatibilidade com o texto constitucional, de forma que está contaminado pelo vício da inconstitucionalidade. Nesse sentido proclama:

O parágrafo único do art. 1º da LACP, introduzido pela Medida Provisória n.º 2.180-35/01, fere, pois, a regra constitucional de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito - não só o direito individual como o coletivo. Considerando que o sistema processual clássico não viabiliza a defesa judicial em caso de lesões difusas, coletivas ou individual homogêneas, a Constituição de 88 instituiu o acesso coletivo à jurisdição, garantia que tem a mesma índole que a referente ao acesso individual. Suprimida que fosse a possibilidade de acesso coletivo, inúmeras lesões transindividuais ficariam efetivamente sem proteção judicial, pois o acesso individual em casos de lesões fragmentárias é simplesmente inviável.²⁴

No mesmo sentido, Caio Márcio Loureiro, também sustenta a flagrante inconstitucionalidade da Medida Provisória, sustentando:

Quanto à disposição constante do parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, não pode ser avocado como pretexto a impedir a que seja objeto da ação civil pública a tutela jurisdicional de interesses individuais homogêneos, posto que de todo inconstitucional, refletindo, no fundo, verdadeiro autoritarismo do Estado. (...) Destarte, encontra-se assegurada também a tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos pela ação civil pública, podendo o específico bem da vida a que se pretende

²⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 122.

proteger por meio desta ação, ser interesse dessa natureza. Ademais, reitere-se: com o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não há como sustentar a restrição ao acesso à justiça para defender referidos interesses, sem que se esbarre na inconstitucionalidade.²⁵

Por todos os motivos acima elencados, a Medida Provisória que introduziu a absurda vedação de utilização da ação civil pública é de total e comprovada inconstitucionalidade. Não obstante, a jurisprudência ainda é majoritária no sentido de obedecer ao comando da viciada norma.

Embora a maioria dos julgados apontem a ilegitimidade do Ministério Público para manejar a ação civil pública, o fundamento dos decisórios sempre está relacionado com a adequação da ação civil pública, que inclusive pode ser manejada por outros co-legitimados.

Não obstante o entendimento amplamente majoritário da jurisprudência, no sentido de não permitir a discussão de matéria tributária por ação civil pública, o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 576.155-DF, que teve repercussão geral apreciada, abriu um precedente para a revisão do entendimento jurisprudencial.

Embora a hipótese não seja exatamente aquela relativa à defesa de contribuintes, no precedente citado, o Supremo, pela primeira vez, admitiu a utilização da ação civil para discussão de matéria tributária, afastando a incidência da malfadada Medida Provisória, ao decidir:

O TARE não diz respeito apenas a interesses individuais, mas alcança interesses metaindividuais, pois o ajuste pode, em tese, ser lesivo ao patrimônio público. II - A Constituição Federal estabeleceu, no art. 129, III, que é função institucional do Ministério Público, dentre outras, “promover o inquérito e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Precedentes. III - O Parquet tem legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de anular Termo de Acordo de Regime Especial - TARE, em face da legitimação ad causam que o texto constitucional lhe confere para defender o erário. IV - Não se aplica à hipótese o parágrafo

²⁵ LOUREIRO, Caio Márcio. Ação Civil Pública e o Acesso à Justiça, São Paulo, Editora Método, 2004, pp. 159/160.

*único do artigo 1º da Lei 7.347/1985. V - Recurso extraordinário provido para que o TJ/DF decida a questão de fundo proposta na ação civil pública conforme entender.*²⁶

Assim, por qualquer ângulo que se encare a questão, deve-se concluir que a ação civil pública é instrumento perfeitamente apto para a tutela dos interesses coletivos vilipendiados. Inclusive quando se tratar de matéria tributária, independentemente de qual dos cogitimados se utilizarem do instrumento.

V - Conclusão

A tutela jurisdicional dos interesses metaindividuais teve extraordinário avanço nos últimos anos em nosso país. Através de tal via, milhões de brasileiros conseguiram o reconhecimento de direitos através de tal via procedimental. Sem as ações coletivas, a grande maioria dos beneficiados não seria alcançada pelas decisões do Poder Judiciário, já que integrariam aquela legião de pessoas que não busca o Poder Judiciário.

Por outro lado, a coletivização das demandas, além de garantir isonomia a todas as pessoas que se encontram na mesma situação jurídica, implicou em enorme economia para o Estado, isto porque substitui uma profusão gigantesca de ações individuais.

Não obstante, a jurisprudência, de forma amplamente majoritária, vem negando a possibilidade de discussão de matéria tributária. Muitas vezes, a negativa se dá com o fundamento na ilegitimidade do Ministério Público. Todavia, a questão de fundo sempre está relacionada com o parágrafo único, do artigo 1º, da Lei nº 7.347, de 27 de julho de 1.985, que foi introduzido em tal diploma por Medida Provisória manifestamente inconstitucional.

Referida restrição provoca um prejuízo incomensurável para a população brasileira, principalmente porque, como é fato notório, as ilegalidades tributárias são frequentes em nosso país e, sem um instrumento de defesa coletiva, o cidadão quase sempre fica à mercê dos atos ilegais do Poder Público.

A partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 576.155-DF, o Supremo Tribunal Federal, pela primeira vez, admitiu a utilização da ação civil pública, manejada pelo Ministério Público, para discutir matéria tributária. Embora o objeto da ação não seja a defesa

²⁶ S.T.F., RE nº 576.155-DF, Rel. Min. Ricardo Levandowski, DJe de 24.11.2010.

de contribuintes, pela primeira vez, a Suprema Corte admitiu tal possibilidade, fato que abre a perspectiva de revisão do inaceitável entendimento jurisprudencial.

Para o bem da sociedade brasileira, é fundamental que se reconheçam a inconstitucionalidade da citada Medida Provisória, abrindo caminho para que o cidadão ganhe mais uma trincheira para a defesa de seus direitos e acesso, perante o autoritário Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS.

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

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CASTILHO, Ricardo. Acesso à justiça: tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público, Uma nova visão. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes, Curso de Direito Processual Civil - Processo Coletivo, v. 4, 3ª ed., Editora Podivm, Salvador.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. A legitimidade do Ministério Público como forma de garantir o acesso à justiça, *in* Jornal Síntese nº 48 - FEV/2001.

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

MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, São Paulo, Saraiva, 2002.

_____. O Inquérito Civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes; Wald, Arnoldo; Mendes, Gilmar Ferreira. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 32ª Edição. São Paulo: Malheiros. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Ação Civil Pública e controle de constitucionalidade: Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública, Coord. Arnoldo Wald. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional, 15ª ed., São Paulo: Atlas, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz. Class action e mandado de segurança coletivo. São Paulo: Saraiva, 1990.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2009.