

VIABILIDADE DE PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DO CONTRIBUINTE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Larisse Silva Oliveira¹

Sumário: Introdução; 1. Tutela coletiva do contribuinte; 2. A inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 2.180-35; 3. Admissibilidade de ação civil pública em defesa do contribuinte; 3.1. Direito de Ação; 3.2. Acesso à Justiça; 3.3. Economia Processual; 4. Posicionamento dos tribunais superiores; Considerações finais.

Resumo: Visa tratar da tutela coletiva em matéria tributária, com ênfase na defesa de interesses individuais homogêneos, a fim de demonstrar a admissibilidade de propositura de ação civil pública em defesa do contribuinte. Para tanto, analisa-se a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 2.180-35, que acrescentou o parágrafo único ao art. 1º da Lei nº 7.347/85, partindo dos pressupostos daquele instrumento legislativo. Afirma-se, também, a viabilidade de utilização do controle difuso de constitucionalidade na ação civil pública, quando afeto a questão prejudicial ao julgamento da lide. Finalmente, estudam-se os posicionamentos jurisprudenciais dos Tribunais Superiores, chegando-se a conclusão acerca da viabilidade de propositura de ação civil pública em defesa do contribuinte.

Palavras-Chave: Ação civil pública; interesses individuais

¹ Mestranda em Direito do Estado pelo Minter da Universidade de São Paulo – USP e Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Salvador – UNIFACS. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Atualmente é Defensora Pública do Estado do Amazonas.

homogêneos; defesa do contribuinte; Medida Provisória; acesso à justiça.

Abstract: It is intended to deal with collective tutelage in tax matters, with emphasis on the defense of homogeneous individual interests, in order to demonstrate the admissibility of a public civil action in defense of the taxpayer. Therefore, the unconstitutionality of Provisional Measure No. 2,180-35, which added the sole paragraph to art. 1 of Law no. 7.347 / 85, based on the assumptions of that legislative instrument. It is also stated the feasibility of using the diffuse control of constitutionality in the public civil action, when it affects the question prejudicial to the trial of the lide. Finally, we study the jurisprudential positions of the Superior Courts, arriving at the conclusion about the feasibility of proposing a public civil action in defense of the taxpayer.

Keywords: Public civil action; homogeneous individual interests; taxpayer's defense; Provisional Measure; access to justice.

INTRODUÇÃO



Estado Democrático de Direito pressupõe um regime político de respeito à Lei, entendida em seu sentido amplo. É assegurado, nesse regime, a proteção aos direitos fundamentais dos governados, visando-se assegurar as liberdades individuais.

Esse foi o primeiro passo de evolução dos regimes democráticos, ao que se seguiram os direitos sociais e coletivos.

Nesse contexto, o processo judicial é importante instrumento do indivíduo, não apenas para que se regulem as relações interpessoais, mas também para proteção face ao arbítrio estatal. Isto porque a administração pública não é imune ao controle jurisdicional. Ademais, o Brasil adota o regime de jurisdição una,

no qual o mesmo tribunal julga as relações privadas e públicas, não havendo justiça administrativa para o julgamento das ações estatais.

O acesso à justiça, hoje consagrado como princípio constitucional, deve ser priorizado nas mais diversas situações, garantindo-se a pacificação social por meio do controle estatal na administração da justiça, tarefa à qual o Estado não deve se furtar.

Todas essas bases, bem definidas no texto da Constituição Federal de 1988, foram desprezadas na atual Medida Provisória nº 2.180-35, por via da qual fora introduzido o parágrafo único ao art. 1º da Lei de Ação Civil Pública². Esta norma, originária do Poder Executivo, acrescentou restrição descabida no sentido de vedar a utilização de ação civil pública em matéria tributária, relacionada a contribuições previdenciárias, FGTS e demais fundos que permitam a identificação dos seus beneficiários. A referida norma constitui verdadeiro retrocesso à geração de garantia dos direitos coletivos, que ganhou força no Brasil justamente a partir da edição da Lei nº 7.347/85, a LACP, e foi também consagrada na redação do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, vislumbrado o conflito que permeia o tema, o presente trabalho visa estudar a constitucionalidade do ato normativo que introduziu o parágrafo único do art. 1º da LACP, bem assim propor interpretação no sentido de efetivar a garantia do acesso à justiça através da tutela coletiva como instrumento fundamental para a defesa dos direitos transindividuais, com enfoque para a defesa do contribuinte. Neste ponto, deve ser destacado que o presente estudo não se refere à integralidade do texto da Medida Provisória nº 2.180-35, mas apenas ao dispositivo responsável por acrescentar o parágrafo único ao art. 1º da LACP.

O estudo do problema exposto parte da hipótese de

² Usaremos a sigla LACP para nomear a Lei de Ação Civil Pública.

existência de inconstitucionalidade na norma veiculadora de limitação ao objeto da ação civil pública e da viabilidade de utilização de controle difuso de constitucionalidade na ação civil pública, quando o pleito trate de questão prejudicial à apreciação do pedido principal.

Para alcançar os fins almejados, inicialmente, é trazida breve análise dos conceitos introdutórios norteadores da tutela coletiva. Na sequência, parte-se para a análise da Medida Provisória, instrumento utilizado para veiculação da norma em estudo, seus requisitos e os fundamentos da sua inconstitucionalidade.

Passa-se em seguida a estudar a viabilidade de ajuizamento de Ação Civil Pública em matéria tributária, ponto em que se ressalta a possibilidade de utilização do controle difuso de constitucionalidade, a fim de que a restrição contida no parágrafo único do art. 1º da LACP seja afastada no caso concreto, como pedido incidental. Outrossim, é feita análise acerca do posicionamento adotado pelos Tribunais Superiores acerca do tema. Por fim, são destacadas as conclusões obtidas com o estudo.

1. TUTELA COLETIVA DO CONTRIBUINTE

Hodiernamente, abordar o Direito Processual Coletivo não denota tão inovador quanto ao tempo em que fora editada a Lei nº 7.347/85, que ainda regula a ação civil pública. Lançada numa época em que a legislação processual civil voltava-se, especialmente, para a tutela do direito individual, essa Lei é um marco na mudança de pensamento a que se voltava o operador do direito. Isso sem olvidar que a Lei de Ação Popular data de período anterior, especificamente junho de 1965.

Na sequência da Lei de Ação Civil Pública, seguindo uma tendência já prevista constitucionalmente, conforme norma programática estabelecida no art. 5º, XXXII, da CF/88, veio o

Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, que, apesar da denominação, traz capítulo que regula a tutela coletiva, aplicando-se não apenas ao direito consumerista.

Aduz-se que a Lei nº 7.347/85 juntamente com os arts. 81 e seguintes do CDC³ formam um microsistema responsável por reger a tutela coletiva, devendo ser realizada uma interpretação sistemática dos diplomas, em harmonia com as normas constitucionais e as normas fundamentais processuais previstas no Código de Processo Civil de 2015⁴.

Os direitos ou interesses⁵ transindividuais correspondem a uma nova categoria de direitos, por não se tratarem de interesse público, nem de interesse privado, visto que embora não sejam interesse de um particular, também não alcançam o *status* de interesse público, situando-se em posição limiar⁶. Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso⁷ sustenta que: “*a realidade é muito complexa e seus elementos estão constantemente interagindo, de modo que não se pode enquadrar todo esse fenômeno em dois compartimentos estanques: público e privado*”.

A doutrina em geral denomina de direitos coletivos *lato sensu* o gênero de direitos objeto de tutela coletiva, sendo categorias destes os direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos, seguindo a disposição do art. 81 do CDC.

Nessa linha, entende-se que os direitos difusos são aqueles indivisíveis, titularizados por pessoas indeterminadas, que se

³ Usaremos a sigla CDC para fazer referência ao Código de Defesa do Consumidor.

⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 118-119

⁵ Não obstante a distinção de nomenclatura lembrada por Didier Jr. e Zaneti Jr, *Op. cit.*, p. 67-73, referente aos termos direitos e interesses, optou-se por tratá-los indistintamente nesta obra.

⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 50.

⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 48.

encontram ligadas por uma circunstância de fato. Os direitos coletivos em sentido estrito são também indivisíveis, porém titularizados por “*grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base*”⁸. A terceira categoria de direitos coletivos é a dos direitos individuais homogêneos, definidos como aqueles decorrentes de uma origem comum. Estes são divisíveis e pertencem a sujeitos determinados ou determináveis.

Não obstante essas diferenciações de categorias de direitos coletivos *lato sensu*, podem ser encontradas situações em que sejam violados direitos tanto difusos, quanto coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, sendo possível a tutela de todos por meio de uma única ação. Um exemplo é o caso de ser constatada majoração ilegal, por ser instituída por resolução ou portaria, das contribuições sociais de interesse de categoria profissional. Nesse caso, poderá ser pleiteado o reconhecimento da ilegalidade do aumento, caso em que estará sendo tutelado direito coletivo *stricto sensu*; cabe, ainda, pedido de restituição pela quantia indevidamente paga a título do aumento abusivo, hipótese de violação a direito individual homogêneo; e pedido de que não seja imposto o aumento abusivo aos futuros associados, situação em que estará sendo tutelado direito difuso.

A doutrina, a exemplo de Mazzilli⁹, costuma denominar como interesse transindividual, indistintamente, os direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. Discordando dessa classificação, Zavascky¹⁰ entende que apenas as duas primeiras categorias são espécies de interesses coletivos transindividuais, tratando-se os demais de direitos subjetivos individuais, aos quais se atribuiu a faculdade da defesa coletiva. Nesta obra, optou-se pela primeira posição, chamando-se de

⁸ Artigo 81, parágrafo único, inciso II do Código de Defesa do Consumidor.

⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p. 50-53.

¹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 33-35.

direitos transindividuais as três categorias de direitos coletivos em sentido amplo acima identificadas.

A tutela dos direitos individuais homogêneos, dadas as suas peculiaridades, e por nos interessar diretamente, visto ser a categoria a que afeta a maior controvérsia acerca da viabilidade de tutela coletiva do contribuinte, será melhor estudada a seguir.

O artigo 91 e seguintes do CDC trazem regramento específico para a defesa dos interesses individuais homogêneos, o que demonstra as distinções no tratamento assegurado a estes direitos, em relação às disposições destinadas aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito. A diferenciação se justifica porque, no primeiro caso, cuidam-se de direitos divisíveis, cuja homogeneidade subjetiva traça o aspecto coletivo.

Vale observar que os direitos individuais homogêneos não se tratam de mera soma de direitos individuais, caso que apenas justificaria um litisconsórcio multitudinário e não uma ação coletiva. Em verdade, através da tutela coletiva dessa categoria de direitos, busca-se a adoção de uma tese geral que será aplicada aos diversos sujeitos lesionados.

Nessas hipóteses, inclusive, poderá ser pleiteada judicialmente a reparação de danos coletivos cumulada com os danos individuais, sendo que estes deverão ser executados singularmente por seus titulares, com prioridade em relação à execução do dano coletivo, destinado a um fundo específico, na forma do art. 13 da Lei n° 7.347/85.

Não obstante, os direitos individuais homogêneos também podem ser tutelados individualmente, inclusive mediante formação de litisconsórcio, como autorizado pelo art. 113, incisos II e III, do CPC¹¹, os quais tratam de demandas com mesma causa de pedir ou das ações afins, que possuem questões de fato ou de direito em comum.

Ocorre que, muitas vezes, a tutela desses interesses mediante formação de litisconsórcio ativo é desaconselhável sob o

¹¹ Usaremos a sigla CPC para fazer referência ao Código de Processo Civil.

aspecto prático, sendo, ainda, menos viável o ajuizamento de ação individual, ponto em que ressaltamos a importância da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos.

Nessa linha, vale trazer transcrição das palavras de Teori Albino Zavascki¹²:

Ora, são comuns e cada vez mais frequentes, no mundo atual, as situações em que se configura o nascimento de direitos subjetivos que, pertencentes a um grande número de pessoas diferentes, derivam de um mesmo fundamento de fato ou de direito ou guardam, entre si, relação de afinidade em alto grau, em razão das referências jurídicas e fáticas que lhes servem de base. A sua defesa coletiva em regime de litisconsórcio ativo é, conforme reconhece o próprio Código de Processo, inviável do ponto de vista prático. E a alternativa de sujeitar cada um dos interessados a demandar individualmente é ainda mais acabrunhadora: do ponto de vista do titular do direito, pelo custo que representa ir a juízo, entendido esse custo em seu sentido mais amplo – financeiro, emocional, profissional, social –, incompatível, não raro, com o escasso resultado que pode advir de uma sentença de procedência.

O autor acrescenta que, sob a ótica estatal, também se mostra custosa a tutela individual, visto a grande quantidade de ações que cada lesão coletiva pode originar, o que incrementa os custos e atrofia a eficiência do Poder Judiciário. Tal não bastasse, lembra, ainda, as dificuldades encontradas do ponto de vista social, face ao desestímulo à tutela dos interesses lesados, bem como “*pela potencial desigualdade de tratamento produzida por sentenças contraditórias, pela impunidade dos infratores e o conseqüente estímulo à infração, pelo descrédito da função jurisdicional, pela desesperança dos cidadãos*”¹³.

Desse modo, observa-se que a tutela dos direitos individuais homogêneos, para além de proteger o direito individual subjetivo dos lesionados, protege interesse coletivo,

¹² ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 150.

¹³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 150.

viabilizando o acesso à justiça, a economia processual e eficiência, o que traz implicações inclusive para a finalidade maior do direito, qual seja, a pacificação social, pois evita que a lesão a direitos fique sem a proteção jurídica devida, especialmente nos casos em que se demonstra inviável o ajuizamento de ação individual, ainda que em litisconsórcio.

Ocorre que a defesa dos interesses transindividuais dos contribuintes encontra barreira legal na atual disposição do parágrafo único do art. 1º da LACP, o qual foi acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35 de 2001, indo na contramão da garantia de direitos, além de viciada por inconstitucionalidade, como será exposto a seguir.

2. A INCONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.180-35

A Medida Provisória, regulada no art. 62 da Constituição Federal, tem inspiração no *decreto-legge* do direito italiano. A Constituição da Itália, em seu art. 77, estabelece que o Governo não pode editar normas com valor de Lei Ordinária, sem delegação da Câmara. Entretanto, traz ressalva para situações extraordinárias de necessidade e urgência, quando o ato será editado sob responsabilidade do Governo. Neste ponto, vislumbra-se importante diferença em relação ao regime brasileiro, pois no nosso ordenamento não é prevista qualquer responsabilidade pela edição da Medida Provisória.

A Carta Magna autoriza o Presidente da República, em competência exclusiva, logo indelegável, a adotar Medidas Provisórias com força de Lei em caso de relevância e urgência, submetendo-as ao Congresso Nacional. A Medida irá vigor pelo prazo de sessenta dias, renovável por igual período. Caso, ultrapassado esse prazo, tal ato não seja analisado pelo Poder Legislativo, perderá sua eficácia, devendo ser editado decreto legislativo com a finalidade de regular os efeitos originados no período

de vigência.

O § 6º do art. 62 da Constituição Federal estabelece que a Medida Provisória deve entrar em regime de urgência, caso, decorridos quarenta e cinco dias, não tenha sido apreciada pelo Congresso Nacional. Nesse caso serão sobrestadas todas as demais deliberações pendentes de análise pela Casa onde a mesma estiver tramitando, até que se conclua sua votação. Vale, ainda, lembrar que não se admite a reedição de Medida Provisória, na mesma sessão legislativa, nos casos de perda da eficácia ou rejeição anterior.

Algumas matérias são excluídas do âmbito de incidência das Medidas Provisórias, conforme vedação trazida no art. 62, § 1º, da Constituição Federal, o que se chama de limitação material. Em relação à matéria tributária, a Carta Magna estabeleceu regime especial, prevendo que no caso de majoração ou instituição de tributos, a Medida apenas produzirá efeitos no exercício seguinte, caso convertida em Lei até o final do exercício em que foi editada, ressalvados os tributos previstos nos arts. 153, I, II, IV e V e 154, II, todos da mesma Carta. Em virtude dessa regulação, a doutrina, a exemplo de José Afonso da Silva¹⁴, entende, predominantemente, não haver limitação material para a edição de Medida Provisória em matéria tributária, apenas devendo ser observada a limitação temporal trazida para a produção dos seus efeitos.

As Medidas Provisórias apenas devem ser editadas quando presentes os pressupostos de relevância e urgência. Ambos são conceitos jurídicos indeterminados, não obstante, a doutrina tenta dar-lhes alguns contornos.

Clèmerson Clève¹⁵ afirma que a relevância estará presente quando a Medida Provisória trazer matéria de interesse público. Contudo, deverá tratar-se de interesse público

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 535.

¹⁵ CLÈVE, Clemerson. *Medidas Provisórias*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 69-70.

extraordinário, acidental, imprevisível, de modo que se justifique a não utilização do processo legislativo comum. A urgência, por sua vez, na lição do mesmo doutrinador, estará presente quando houver perigo de dano, situação de periculosidade em face da demora no processo legislativo¹⁶.

Desse modo, a Medida Provisória apenas será formalmente constitucional quando presentes os requisitos da relevância e urgência, hábeis a justificar a escolha por esse instrumento normativo. Nesse sentido, vale trazer transcrição das palavras de André Ramos Tavares¹⁷:

Se a obtenção da medida pode aguardar o processo de feitura das leis pelo Congresso Nacional, será abusivo o uso da medida provisória. Em outras palavras, havendo prazo assinalado ao legislador para cumprir e concluir o processo legislativo, devendo-se considerar especialmente, aqui, a existência do regime de urgência, e desde que a disciplina pretendida pelo Executivo possa aguardar referido trâmite, incabível, porque inconstitucional, sua apresentação pela via excepcional da medida provisória.

Desse modo, se observa que a Medida Provisória deverá ser utilizada em situações excepcionais, nas quais estejam presentes os requisitos da relevância e urgência, justificando a não utilização do processo legislativo comum para regular a matéria. Frise-se, deve haver justa razão para que o Poder Executivo utilize a prerrogativa que lhe é concedida e edite instrumento normativo, em atuação que foge às suas atribuições ordinárias.

Nenhum desses requisitos foi observado para a edição da Medida Provisória nº 2.180-35, responsável por adicionar o parágrafo único ao art. 1º da LACP, visto que aquela não apenas

¹⁶ Nesse mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos aduz que “é pacífico o entendimento doutrinário de que a urgência para a edição de medida provisória fica caracterizada quando a adoção de espécie normativa pelo procedimento legislativo ordinário não permitiria o êxito tempestivo da finalidade objetivada pelo Governo” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 362).

¹⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1029.

traz matéria sem relevância, mas, em sentido contrário, viola o interesse público. Outrossim, como se pode falar em urgência para introdução de norma que impõe entraves ao acesso à justiça, limitando a abrangência da ação civil pública? Sequer havia urgência para proteção ao erário, uma vez que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁸ já se alinhava ao posicionamento normatizado.

Nessa linha, inclusive, não deve ser esquecido o respeito ao princípio da separação dos poderes, pelo qual cada um dos Entes, Executivo, Legislativo e Judiciário, exerce funções típicas e atípicas. As funções típicas são aquelas inerentes à natureza do respectivo Ente, enquanto as atípicas são aquelas que destoam, tratando-se de função excepcional, mas também dimensionada na esfera de atuação do mesmo, sem que seja ferida a tripartição de poderes.

Assim, a função de legislar, inovando no ordenamento jurídico, é típica do Poder Legislativo. Admite-se ao Poder Executivo, no exercício de função atípica, a edição de Medidas Provisórias. Não obstante, tais Medidas devem ater-se aos limites constitucionais, sob pena de, ao extrapolar a competência que é atribuída ao Chefe do Poder Executivo, legislando além do que lhe é permitido, ferir o princípio da separação de poderes.

A primeira análise dos pressupostos da relevância e urgência deverá ser feita pelo próprio Presidente da República, visto que esse não deverá se valer de Medida Provisória quando ausentes os mencionados requisitos. Posteriormente, tal exame, quando chamado a emitir parecer, cabe à Comissão Mista de Deputados e Senadores. A seguir, ainda competirá à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, separadamente, procederem à análise da Medida Provisória, precedida de juízo acerca da presença dos mencionados pressupostos, nos termos dos §§ 5º e 9º do art. 62 da Constituição Federal.

Não obstante todas as possibilidades de verificação dos

¹⁸ Cf. RE 213.631/MG e RE 195.056/PR.

pressupostos da Medida Provisória em sede de iniciativa e posterior análise legislativa, caso venha a vigor Medida em situações de ausência da relevância e urgência, caberá ao Poder Judiciário proceder à análise em questão, exercendo o controle judicial do ato legislativo de edição da Medida Provisória¹⁹.

Ocorre que, invocando a subjetividade que permeia o exame dos requisitos em questão, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de medida cautelar na ADI²⁰ 162/DF, já manifestou posicionamento no sentido de que tais conceitos compõem o juízo de conveniência e oportunidade do Chefe do Poder Executivo, tratando-se, pois, de análise discricionária, intangível ao controle jurisdicional, este que apenas seria admitido em relação ao excesso no poder de legislar.

Não pode prevalecer posicionamento nesse sentido. A doutrina, *verbi gratia*, Celso Antônio Bandeira de Mello, Gustavo Binenbojm e Eros Grau, tem se manifestado favoravelmente ao controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários no que tange aos seus limites legais, tese que vale para a Medida Provisória ante a identidade de situação. Isto porque não há ato totalmente discricionário, sendo essa classificação baseada na predominância, mas não na totalidade do juízo que precede a realização do ato. Desse modo, mesmo o ato discricionário obedece a critérios legais, não sendo praticado com base em total juízo de conveniência e oportunidade do administrador. Celso Antônio Bandeira de Mello²¹ lembra ser necessário o

¹⁹ Acerca do controle jurisdicional dos atos dos poderes executivo e legislativo, vale trazer lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “os três Poderes são, na doutrina – enfatize-se – harmônicos e independentes. Por isso um não invade o campo do outro. [...] O Judiciário, todavia, diz o direito (pois este é o sentido de *jurisdictio*, de *jus* (direito) e *dicere* (dizer), de onde vem o termo em casos concretos. Assim, vez por outra tem de apreciar ato de outro Poder. Não o faz, contudo, para controlar, fiscalizar este outro Poder, mas apenas para assegurar o império da lei”. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 192).

²⁰ A sigla ADI refere-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 993-999.

controle relativo aos motivos, finalidade e causa do ato discricionário, a fim de que seja garantida a observância da Lei.

Assim, mostra-se possível e necessária a análise jurisdicional, quando provocada, em relação à presença dos pressupostos da relevância e urgência nas Medidas Provisórias editadas, visto que esses requisitos devem embasar os motivos e a causa do ato, não podendo ser utilizado esse instrumento normativo em situações ordinárias, sob pena de ofensa ao processo legislativo constitucional, em matéria que foge à discricionariedade do Chefe do Poder Executivo, inserindo-se na esfera vinculada do ato. Ou seja, como há previsão constitucional de que a relevância e urgência são pressupostos para a edição de Medida Provisória, caso essa regra seja descumprida, o caso é de inconstitucionalidade do ato.

Não haverá invasão à esfera de discricionariedade do Presidente da República pelo controle jurisdicional do ato de edição da Medida Provisória, uma vez que o juízo de conveniência e oportunidade da autoridade competente é afeto à matéria tratada na norma, mas não aos pressupostos que lhe autorizam a edição.

Outrossim, não há que se falar que por serem indeterminados os conceitos de relevância e urgência, estaria autorizado juízo discricionário da autoridade competente, intangível ao Poder Judiciário. Gustavo Binjenbojm²² explica que nas hipóteses de discricionariedade por conceitos jurídicos indeterminados, o controle jurisdicional será afeto à possibilidade de se sustentar o juízo feito pelo administrador, sendo mais distante o controle nos casos em que os conceitos requeiram maiores conhecimentos técnicos para sua compreensão. Nos casos de relevância e urgência, certamente não são necessários *experts* para sua averiguação. Assim, admite-se o controle jurisdicional para que seja

²² BINENBOJM, Gustavo. “A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos”. In: *Revista brasileira de direito público*. Belo Horizonte, ano 4, n. 14, jul./set. 2006, p. 9-53.

verificada a viabilidade de interpretação na forma como sustentada pela autoridade responsável pelo ato, ou seja, deve ser verificada a possibilidade de se sustentar estarem presentes os requisitos da relevância e urgência hábeis a justificar a edição da Medida Provisória.

Ademais, o próprio posicionamento do STF²³ no sentido de ser possível o controle jurisdicional em relação ao excesso no poder de legislar é justificativa para que se autorize a análise judicial dos requisitos da relevância e urgência, visto que a edição de Medida Provisória que negligencie esses pressupostos caracteriza abuso e excesso de poder, levando à invasão da função legislativa que não compete, de maneira típica, ao Poder Executivo, mas sim ao Legislativo. Nesses casos observa-se verdadeiro desvio de finalidade da Medida Provisória, visto se desvirtuar o ato normativo em atentado ao interesse público, hipótese que também autoriza o controle jurisdicional do ato discricionário.

Antes de adentrar na análise da inconstitucionalidade que vicia a Medida Provisória nº 2.180-35, vale trazer breve histórico que a contextualize no ordenamento jurídico em vigor.

A Medida Provisória nº 2.180-35, atualmente em vigor na forma de sua trigésima quinta reedição, datada de 24 de agosto de 2001, passou por inúmeras edições, desde a sua primeira versão de 13 de janeiro de 1999, sob o número 1.798, até a edição atual. Em todas as versões foram trazidas normas relacionadas às ações em que o Poder Público figura como parte, inovando-se em cada reedição, embora nem sempre essa informação fosse esclarecida nas ementas das Medidas Provisórias, bem como nem sempre fosse modificado o número de identificação da norma²⁴.

A décima nona reedição da Medida Provisória nº 2.180-

²³ Usaremos a sigla STF para fazer referência ao Supremo Tribunal Federal.

²⁴ BUENO, Cássio Scarpinela. *O poder Público em juízo*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 2-10.

35, à época identificada pelo número 1.984-19, datada de 29 de junho de 2000, foi responsável por acrescentar o parágrafo único ao artigo 1º da Lei nº 7.347/85, com a seguinte redação:

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.

A Medida está ainda em vigor, não obstante sua última edição datar do ano de 2001, em virtude de regulação trazida pela Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, a qual “congelou” as Medidas Provisórias à época em vigor, mantendo-as vigentes até que fossem apreciadas pelo Congresso Nacional ou norma posterior as derrogasse, conforme disposto no seu art. 2º²⁵.

Essa regulação provocou efeito esdrúxulo, transformando as Medidas Provisórias em verdadeiras Leis Ordinárias, visto que apenas deixam de produzir efeitos após deliberação legislativa, como acontece com qualquer Lei, nos termos do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Nas palavras de Cássio Scarpinella Bueno²⁶: “*tratou-se, inequivocamente, de se estabelecer um ‘direito adquirido’ às medidas provisórias até então criadas. Transformaram-se ‘medidas provisórias’ em ‘não provisórias’ ou, de forma mais direta e mais incisiva, em medidas permanentes*”.

Assim, de logo se observa vício pelas sucessivas reedições e atual perpetuação da Medida Provisória. Lembre-se que desde a versão original do art. 62 da CF, ou seja, mesmo antes das alterações produzidas pela EC nº 32 de 2001, o processo legislativo das Medidas Provisórias era pautado na perda da eficácia caso a Medida não fosse apreciada pelo Congresso Nacional.

²⁵ Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

²⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 9.

Destarte, a prática de reeditar continuamente Medida Provisória, mesmo que com alterações no seu texto, mas mantendo-se regulações antes já editadas, constitui flagrante violação ao processo legislativo. Essa prática trata-se de clara tentativa do Poder Executivo de invadir a seara de atuação do Legislativo e editar norma permanente, e não apenas provisória, como lhe é facultado pela Carta Magna.

A situação torna-se mais grave quando se observa que essa perpetuação de norma introduzida no ordenamento jurídico pelo Poder Executivo foi “constitucionalizada” pela EC nº 32, de 2001, a qual transformou as Medidas Provisórias à época vigentes em verdadeiras Medidas permanentes, ao dispor que apenas deliberação legislativa em sentido contrário irá produzir a perda de eficácia das mesmas.

Tal não bastasse, é facilmente perceptível a ausência dos requisitos da relevância e urgência, indispensáveis para a edição de Medida Provisória. Afinal, como poderá entender-se urgente a regulação de matéria relativa a limitação dos objetos das ações civis públicas? Não há sequer o interesse público hábil a justificar relevância.

É sabido e notório que o verdadeiro interesse na inclusão do parágrafo único ao art. 1º da LACP foi no sentido de proteção dos cofres públicos, visto o temor que ações coletivas em defesa do contribuinte causam à administração pública²⁷. Não resta dúvida de que a repercussão econômica na tutela coletiva é consideravelmente maior do que aquela produzida pelas ações individuais, as quais, normalmente, são propostas em quantidade insuficiente para causar danos ao erário.

²⁷ Nesse sentido, João Batista de Almeida afirma que: “Como se vê, em mais uma de suas manobras casuísticas, o Poder Executivo editou medida provisória para tentar resolver questão emergencial de seu interesse, no caso concreto, as liminares deferidas nos processos coletivos questionando a cobrança da CPMF e outros tributos e exações”. (ALMEIDA, João Batista de. “Ação civil pública em matéria tributária: reflexões sobre a posição do STF e a medida provisória 1.984-19”. In: *Revista de direito do consumidor*. São Paulo, vol. 40, out./dez. 2001, p. 107-114).

Nesse ponto, não deve se confundir o interesse público secundário, ou seja, interesse da administração pública enquanto pessoa jurídica, com o interesse público primário, este sim representativo dos interesses sociais, os quais devem nortear a noção de relevância, pressuposta para a edição de Medidas Provisórias.

No que tange ao pressuposto da urgência, vale ser lembrado que as decisões dos Recursos Extraordinários números 213.631/MG e 195.056/PR, ambas datadas de 1999, embora a primeira tenha sido publicada em abril de 2000 e a segunda em maio de 2003, já haviam demonstrado o posicionamento do STF no sentido de que o Ministério Público seria parte ilegítima para tutelar interesses coletivos e individuais homogêneos dos contribuintes, o que corrobora a inexistência de urgência hábil a autorizar a utilização da Medida Provisória como instrumento normativo para regular a questão. Ora, a Suprema Corte já havia se posicionado favoravelmente ao Fisco, de modo que as ações propostas, embora pudessem alcançar decisões positivas nas instâncias iniciais, não sobreviveriam a uma análise recursal no Supremo Tribunal Federal, pelo que de pouca monta seriam os possíveis prejuízos ao Poder Público.

Ademais, ainda que não houvesse ditas decisões, não haveria que se falar em urgência para regulação de matéria afeta a tutela jurisdicional coletiva do contribuinte, questão ordinária, que deveria ser submetida ao processo legislativo regular, garantindo-se, inclusive, o direito à mais ampla discussão do tema.

3. ADMISSIBILIDADE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DO CONTRIBUINTE

Conforme visto, a Medida Provisória nº 2.180-35 está viciada por inconstitucionalidade formal, em virtude das inúmeras reedições, em desrespeito ao processo legislativo que regula tal tipo de ato e do atual congelamento de norma

constitucionalmente prevista para vigorar transitoriamente, além da inobservância dos requisitos da relevância e urgência, exigidos para que o Chefe do Poder Executivo possa se valer desse instrumento normativo.

Constatada a inconstitucionalidade na norma que introduziu o parágrafo único ao art. 1º da LACP, restringindo o objeto da ação civil pública, tem-se que aquela não poderá prevalecer, vindo a constituir óbice para que seja proposta Ação Civil Pública em matéria tributária. Dada a relevância e impacto da limitação na tutela jurisdicional coletiva em defesa do contribuinte produzida pela Medida Provisória analisada, esperava-se uma atuação positiva dos entes legitimados à propositura de ação direta de inconstitucionalidade²⁸, a fim de que fosse proposta ação para declaração da inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal, produzindo-se efeitos *erga omnes* que obstariam a aplicação do dispositivo.

Não obstante, a inércia na busca pelo controle concentrado de constitucionalidade não constitui óbice para a utilização do controle difuso, facultando-se a utilização da via declaratória incidental, para que seja proposta Ação Civil Pública em defesa do contribuinte. O controle difuso de constitucionalidade é aquele exercido por qualquer juiz ou tribunal, sendo competente o juízo da ação principal, visto que no controle difuso a declaração de inconstitucionalidade constitui pedido prejudicial, questão que antecede a resolução da demanda em si mesma.

Assim, entende-se pela possibilidade de propositura de ação civil pública em matéria tributária, trazendo como questão prejudicial a declaração da inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 2.180-35 que introduziu o parágrafo único ao art. 1º da LACP, de modo que o pedido de inconstitucionalidade não constitua o pedido principal da ação coletiva, mas apenas será antecedente lógico à análise desta.

²⁸ Cf o art. 103 da Constituição Federal.

A doutrina, a exemplo de Gilmar Ferreira Mendes²⁹ e Arruda Alvim³⁰, e a jurisprudência³¹ discutem acerca da possibilidade de utilização do controle difuso de constitucionalidade na ação civil pública, visto o receio de que pela incidência de efeitos *erga omnes*, comuns à ação civil pública, estar-se-ia usurpando a competência constitucional do Supremo Tribunal Federal para a realização do controle concentrado de constitucionalidade, no qual a decisão produz efeitos oponíveis a todos.

Ocorre que aqueles que se posicionam nesse sentido esquivam-se que no controle difuso de constitucionalidade, mesmo que realizado em sede de ação civil pública, a eventual declaração de inconstitucionalidade constitui decisão em sede de pedido incidental, a qual não é acobertada pela proteção da coisa julgada, conforme art. 503 do CPC³². Desse modo, não se verifica tentativa de usurpação de competência da Corte Suprema, visto que este Tribunal poderá a qualquer tempo, desde que provocado, decidir a respeito da constitucionalidade da norma como julgar adequado, independentemente de a matéria ter sido discutida em ação civil pública anterior, tenha essa gerado ou não recurso para análise perante o próprio STF.

²⁹ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 764-768.

³⁰ Cf. ALVIM, Arruda. “A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor”. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 484-491.

³¹ Conf. Reclamação 434/SP. Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK. Julgamento: 10/12/1993. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 09-12-1994 PP-34081.

³² Didier e Zaneti lembram que: “a solução não se altera com o CPC-15, que permitiu a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais incidentais (art. 503, §1º, CPC). Isso porque um dos impedimentos a essa extensão é exatamente a ausência de competência, em razão da matéria, para conhecer da questão como principal (art. 503, §1º, III, CPC). O órgão julgador não tem competência para decidir a *inconstitucionalidade da lei* como questão principal; assim, a coisa julgada não se estende à solução dessa questão quando posta *incidenter tantum*”. (DIDIER JR., Fredie; Zaneti Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. vol. 4. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 355)

Nessa linha, o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal é no sentido de ser possível o exercício do controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública, não havendo violação à competência do Tribunal Constitucional, desde que a questão constitucional se apresente como pleito prejudicial incidental e não pedido principal, como foi reiterado no Agravo Interno em Recurso Extraordinário 910570 de Pernambuco³³.

Esse nem sempre foi o posicionamento do STF³⁴, tendo o Tribunal já se manifestado pela possibilidade de realização do controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública apenas em defesa de interesses individuais homogêneos, hipótese em que a decisão alcançaria sujeitos determinados ou determináveis.

Não obstante, conforme observado por Dirley da Cunha Junior³⁵, a posição do Tribunal Constitucional foi modificada a partir de decisão na Reclamação 1733/SP³⁶, em 01 de dezembro de 2000, quando se consolidou entendimento no sentido de possibilidade da realização de controle incidental de constitucionalidade em ação civil pública, desde que essa controvérsia não seja o pedido principal da lide.

Assim, resta evidenciada a viabilidade de propositura de ação civil pública para tutela de pretensão que envolva tributos, mesmo tratando de direitos individuais homogêneos, trazendo-se como pedido incidental a declaração de inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 2.180-35, responsável por limitar as matérias objeto de ação civil pública, ao introduzir o parágrafo único ao art. 1º da Lei de Ação Civil Pública.

Ademais, é importante ressaltar que para além da

³³ Publicado em 19/05/2017.

³⁴ Cf. Reclamação 602 / SP. Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO. Julgamento: 03/09/1997. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Cf. também a Reclamação 597/SP, do Supremo Tribunal Federal.

³⁵ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 110.

³⁶ Rcl 1733/SP. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 24/12/2000. Publicação: DJ 01/12/2000 PP-00103.

viabilidade de propositura de ação civil pública que traga pedido incidental de declaração de inconstitucionalidade da norma veiculada no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85, a fim de que se admita a utilização da medida processual em defesa do contribuinte, é também possível a utilização do controle difuso de constitucionalidade como meio de defesa do direito material objeto da ACP³⁷.

3.1. DIREITO DE AÇÃO

A atual redação do parágrafo único do art. 1º da LACP constitui verdadeiro retrocesso no sistema normativo da tutela coletiva, indo na contramão da onda de proteção dos direitos coletivos, reforçada pela terceira geração de direitos fundamentais. Ademais constata-se grave violação aos direitos de ação e acesso à justiça.

O direito de ação está previsto no art. 5º, XXXV da CF e é também conhecido como princípio da ubiquidade ou princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A disposição normativa atualmente em vigor no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85 fere o princípio da inafastabilidade da jurisdição na medida em que estabelece matérias não tuteláveis por meio da ação civil pública. Desse modo, tem-se que é negada a tutela estatal em contexto jurídico que não admite a autotutela.

O direito de ação foi alçado à condição de direito fundamental processual, conforme lição de Luiz Guilherme Marinoni,

³⁷ Nesse sentido, Mazzilli afirma que: “Assim, p. ex., não se deve impedir, em tese, que uma associação civil de funcionários ajuíze ação civil pública destinada a obter o cancelamento de lançamentos de um imposto sobre seus associados, se esse tributo tiver sido fixado de forma inconstitucional. Note-se que, nesse caso, a tutela coletiva não visaria a obter a ineficácia total e *erga omnes* da lei (o que não seria mesmo lícito pedir em ação civil pública), mas sim obter o cancelamento de lançamentos concretos, e apenas para seus associados”. (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 743).

“e não um direito fundamental material, como são os direitos de liberdade, à educação e ao meio ambiente³⁸”. O autor sustenta que o direito de ação é o mais fundamental dos direitos, visto ser o responsável por concretizar os demais direitos³⁹.

A tutela coletiva tem importantes diferenças em relação ao processo individual. Inicialmente, constata-se que “a ação judicial, quando se trata de interesses supraindividuais, é uma forma de participação comunitária na gestão da coisa pública⁴⁰”. Nesse caso, a ação assume a função de instrumento para a efetivação da democracia participativa⁴¹, respeitada a esfera de atribuição de cada um dos três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo este responsável, no mais das vezes, por uma atuação subsidiária, nos limites de sua atribuição⁴².

Ademais, o cerceio à utilização de ação coletiva traz prejuízos a toda a sociedade, ainda que ressalvada a possibilidade de tutela singular⁴³. Isto porque em diversas situações a utilização da ação individual não é viável, seja porque a repercussão econômica da questão não é atrativa o suficiente pelo fato de os custos do processo terem carga demasiada para o indivíduo, seja porque o desgaste emocional decorrente do processo desencoraja possíveis litigantes.

Desse modo, em todos esses casos, a barreira imposta

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. v. 1. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 211.

³⁹ *Ibidem*, p. 211.

⁴⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 133.

⁴¹ Esse também é o posicionamento adotado por Luiz Guilherme Marinoni (cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 439-441).

⁴² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.*, p. 136.

⁴³ A respeito das várias funções do direito de ação, Luiz Guilherme Marinoni sustenta que: “o direito de ação pode permitir a tutela dos direitos de liberdade ameaçados ou lesados pelo Estado (mandado de segurança), a realização dos direitos fundamentais sociais (direito à educação), a satisfação dos direitos fundamentais de proteção (direito do consumidor), ou mesmo servir de canal para a participação no poder e reivindicação dos direitos fundamentais (ação popular e ação coletiva). (MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 210).

pelo parágrafo único do art. 1º da LACP constitui verdadeiro entrave ao direito de ação, deixando impunes os atos violadores dos direitos dos contribuintes. Tal situação não é justificável, nem mesmo por ser o Estado, a parte impune nesses casos. Novamente, não devem ser esquecidas as diferenças entre o interesse público primário e secundário, uma vez que o interesse da administração enquanto pessoa jurídica não pode sobrepor o interesse social, o qual deve pautar sempre a conduta estatal.

O Estado, por ser a parte contrária nas ações envolvendo questão tributária em que se busca a defesa do contribuinte, utilizou seu poder político para impor norma que apenas ressalva seu próprio interesse, subjugando os interesses da coletividade. Nas palavras de Antonio Gidi⁴⁴: “*o direito se enquadra exatamente entre os instrumentos de coerção de que o Poder se vale para atingir os seus objetivos*”. Foi exatamente da forma bem descrita por Gidi que o direito foi utilizado no caso, ou seja, como instrumento de coerção. O ora citado professor ainda ensina que: “*a noção de Poder, portanto, é inafastável da noção de Direito. [...] Quanto mais se afasta o jurídico do político, mais nos tornamos instrumentos do Poder institucionalizado*”⁴⁵.

Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴⁶ sustenta que:

O direito de o indivíduo fazer passar pelo crivo do Judiciário toda lesão a seus direitos é essencial a todo regime cioso das liberdades fundamentais. [...] De fato, o crivo imparcial do Judiciário contraria muita vez a prepotência dos governantes que, se podem, cuidam de impedir sua fiscalização.

Ademais, não se deve olvidar que a proteção do contribuinte é uma das razões de existência do próprio direito

⁴⁴ GIDI, Antonio. A dimensão política do direito de ação. *Revista do Cepej*. Salvador, n. 4, 1990, p. 187.

⁴⁵ *Ibidem*. p. 187.

⁴⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 279-280.

tributário. Nesse sentido, Renato Lopes Becho⁴⁷ afirma que:

Colocar o homem no centro do direito tributário implica afirmar que a simples arrecadação não é mais o fim último do direito tributário. A finalidade do direito tributário é fazer da arrecadação um ato de justiça social, com limites, com proteções ao contribuinte diante da força e da voracidade do Estado.

Destarte, o art. 1º da Lei nº 7.347/85 não pode prevalecer. A restrição de acesso ao Judiciário torna o indivíduo vulnerável, lhe retirando os meios que possuiria para se defender do arbítrio da parte adversa. A coerção estatal deve ser limitada pelo direito e não legitimada por este.

3.2. ACESSO À JUSTIÇA

Como corolário do direito de ação, mas em perspectiva ainda mais ampla, constata-se que a disposição normativa que impôs limites às matérias versadas em ação civil pública viola o direito de acesso à justiça. É que tal direito vai muito além da simples prestação jurisdicional pelo Estado, o qual a monopoliza esta função, restando vedada sua abstenção.

Para que se concretize o acesso à justiça, o processo deve ser justo, obedecer ao devido processo legal, apresentar uma duração razoável e levar a uma decisão eficaz.⁴⁸ O ordenamento jurídico atual elevou o acesso à justiça à condição de princípio fundamental⁴⁹.

Assim, a limitação imposta pela Medida Provisória nº 2.180-35 cria barreira ao acesso à justiça em flagrante violação

⁴⁷ BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 342.

⁴⁸ SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. Coimbra: 2006, p. 26.

⁴⁹ Cândido Rangel Dinamarco vai além e diz que “*mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial*”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 373).

aos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Nessa linha, vale trazer a lição de Cândido Rangel Dinamarco⁵⁰:

Hoje busca-se evitar que conflitos pequenos ou pessoas menos favorecidas fiquem à margem do Poder Judiciário; legitimam-se pessoas e entidades à postulação judicial (interesses difusos, mandado de segurança coletivo, ação direta de inconstitucionalidade estendida a diversas entidades representativas); e o Poder Judiciário, pouco a pouco, vai chegando mais perto do exame do mérito dos atos administrativos, superando a idéia facista da discricionariedade e a sutil distinção entre direitos subjetivos e interesses legítimos, usadas como escudo para assegurar a imunidade deles à censura jurisdicional. Nessa e em outras medidas voltadas à universalidade do processo e da jurisdição reside o primeiro significado da garantia constitucional do controle judiciário e o primeiro passo para o acesso à justiça.

Deve ser enfatizado que, hodiernamente, o alcance do processo vai além de instrumento de defesa de interesses particulares, transformando-se em meio de defesa social. Motauri Ciocchetti de Souza⁵¹ acrescenta que: *“reconhecido como um poderoso mecanismo de pacificação social, o processo estaria fadado a perder sua importância caso não se adequasse de sorte a poder servir de instrumento para dirimir os conflitos gerados pela economia de massa”*.

Outrossim, não se deve olvidar que quando se inviabiliza o acesso à justiça, em verdade, estão sendo deixados outros direitos sem proteção, uma vez que se nega a tutela estatal para a proteção do bem jurídico, cuja violação ou perigo fundamentaria a ação.

Em uma de suas acepções, o processo deve ser entendido como instrumento para efetivação do direito material. Assim, quando se insere uma barreira ao processo, prestigia-se a perpetuação de lesão ao bem jurídico ao qual foi negada a tutela estatal.

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 373.

⁵¹ SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ação Civil Pública: competência e efeitos da coisa julgada*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 36.

Ademais, conforme dito, para que se alcance o acesso à justiça, deve ser buscada a efetividade da decisão, caso em que haverá atendimento de outra finalidade do processo, qual seja, a pacificação social, porque atendido o clamor social por justiça, legitimando a intervenção estatal na administração desta.

Assim, o acesso à justiça, além de reclamar a prestação jurisdicional, requer que essa seja efetiva. Não obstante, ambos esses preceitos foram desrespeitados pela redação do parágrafo único do art. 1º da LACP, o qual é responsável por deixar a coletividade de contribuintes sem acesso à justiça, a mercê da atuação do ente estatal detentor da competência tributária, situação que não pode ser mantida.

3.3. ECONOMIA PROCESSUAL

O princípio da economia processual preconiza a busca pelo melhor resultado com o dispêndio mínimo da atividade processual. A aplicação da economia processual não requer o “atropelo” das garantias processuais, mas sim o alcance da efetividade, no menor tempo e com os menores gastos possíveis.

Nessa linha, as ações coletivas constituem instrumento para realização da economia processual, uma vez que por meio de uma única ação são defendidos interesses de toda uma coletividade, evitando-se a propositura de diversas ações individuais com uma mesma causa de pedir. Esse efeito é constatado, especialmente, na tutela dos interesses individuais homogêneos, visto que a propositura de ação coletiva, nesses casos, evita o ajuizamento de diversas ações repetitivas, bem como pode levar à suspensão de ações individuais já em curso, conforme posicionamento adotado pelos indivíduos cujos interesses se tutela, contribuindo por desabarrotar o Poder Judiciário.

Neste ponto, inclusive, pode se afirmar que o Estado é um grande beneficiado pela tutela coletiva, visto a redução de custos proporcionada pelo decréscimo na quantidade de ações

propostas. Outrossim, ganha-se em credibilidade ao Poder Judiciário, visto que a repetição irracional de ações similares leva, não raras vezes, a resultados contraditórios, responsáveis por fortalecer o descrédito da atividade jurisdicional.

4. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal converge com o posicionamento normatizado no parágrafo único do art. 1º da LACP, sendo paradigma dessa interpretação a decisão do RE 195.056/PR⁵². Nesse julgado, o STF decidiu não haver legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em defesa dos contribuintes, sob o argumento de que a relação entre o Fisco e o contribuinte não é consumerista, bem como por não tratar o caso de interesses sociais ou individuais indisponíveis.

Esse posicionamento⁵³ mostra-se equivocado, em especial porque a legitimidade ativa do Ministério Público em ação civil pública que busca tutelar direitos individuais homogêneos vai além das relações de consumo ou dos direitos indisponíveis, prestando-se o Órgão à defesa dos interesses individuais homogêneos cuja ampla abrangência ou repercussão social caracterizam o interesse público hábil a justificar a atuação do *Parquet*. Ademais, não se pode esquecer a existência de outros legitimados a atuar na defesa dos direitos individuais homogêneos dos contribuintes, a exemplo da Defensoria Pública.

Tal não bastasse, causa perplexidade o fato de ter esse mesmo Tribunal se posicionado de maneira diversa, quando o caso envolve matéria tributária em favor do poder público. Em

⁵² RE 195056/PR. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 09/12/1999. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 30-05-2003.

⁵³ Esse posicionamento ainda é mantido pelo STF. Confira nesse sentido o ARE 794899 AgR, Julgado em 18/11/2014 e publicado em 03/12/2014.

decisão nos Recursos Extraordinários nºs 576.155/DF⁵⁴ e 586.089/DF⁵⁵, o STF entendeu que o Ministério Público possui legitimidade para propor ação coletiva que visa a anulação de acordo firmado entre o contribuinte e o ente tributante, sob o argumento de que no caso estaria em risco o patrimônio público, logo haveria direito metaindividual a ser tutelado.

Não obstante esse ter sido o posicionamento vencedor, no RE 576.155/DF, o então Ministro Menezes Direito discordou do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, para posicionar-se no sentido de não ser legítimo o Ministério Público no caso, exatamente em vista da vedação do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85. Tal tese do Ministro Menezes Direito não procede, mas tem algo de positivo, ao menos, que é a coerência, visto que o dispositivo legal em questão veda ação civil pública que veicule pretensões envolvendo tributos, sem distinguir as hipóteses de defesa do contribuinte ou do Poder Público.

Desse modo, a interpretação que prevaleceu no STF viola o princípio da isonomia, visto que admite a propositura de ação civil pública em matéria tributária quando a questão interessa ao Fisco e não a admite quando ajuizada em defesa do contribuinte. O simples argumento de que na primeira hipótese estaria sendo protegido o patrimônio público não é suficiente para que se estabeleça o *distinguishing* entre os casos, visto que na tutela coletiva do contribuinte defende-se interesse social, em especial pela ampla abrangência que as questões tributárias assumem. E se assim é, deve ser tratada igualmente a fim de assegurar a todos (Fisco e contribuintes) amplo acesso à justiça no âmbito da tutela coletiva.

O Superior Tribunal de Justiça, embora inicialmente

⁵⁴ RE 576155 / DF. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento: 12/08/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJe-226 DIVULG 24-11-2010 PUBLIC 25-11-2010.

⁵⁵ RE 586089 AgR / DF. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Julgamento: 13/12/2011. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-035 DIVULG 16-02-2012 PUBLIC 17-02-2012.

tenha manifestado posição diversa, como se observa do julgamento do AgRg no REsp 98.286/SP⁵⁶, se curvou às decisões do STF, passando a decidir pela inconstitucionalidade do Ministério Público para a propositura de ACP em matéria tributária⁵⁷, admitindo-a, todavia, nos casos de pleito que questiona isenção tributária, como observado pelo Ministro Herman Benjamin, Relator do REsp. 890.249/DF⁵⁸.

Lamenta-se o posicionamento dos Tribunais Superiores no tema, visto que foi desconsiderada pelos mesmos a abrangência e relevância social que caracteriza as questões tributárias, optando-se por decisão que assegura os interesses do erário, mas suplanta o interesse público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ação civil pública é instrumento processual de grande valia à tutela dos direitos coletivos *lato sensu*. Por meio dessa, defendem-se interesses que ultrapassam a esfera de um indivíduo singularmente considerado, interessando a uma coletividade determinada, determinável ou, até mesmo, indeterminada.

O Código de Defesa do Consumidor traz clássica divisão dos interesses transindividuais, categorizando-os em difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Em tema de tutela coletiva do contribuinte, os interesses tutelados serão, predominantemente, individuais homogêneos, sem prejuízo da possibilidade de serem tutelados direitos difusos e coletivos.

Não obstante, a atual redação do parágrafo único do art. 1º da LACP constitui entrave à tutela coletiva do contribuinte,

⁵⁶ AgRg no REsp 98286/ SP 1996/0037583-6. Relator(a) Ministro JOSÉ DELGADO. Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA. Data do Julgamento 15/12/1997. Data da Publicação/Fonte DJ 23/03/1998 p. 17.

⁵⁷ Cf. EREsp 505.303/SC.

⁵⁸ Trecho do acórdão: “o STF se posicionou pela legitimidade do Ministério Público para discutir a validade do Tare, sob o fundamento de que a demanda não é tipicamente tributária, mas abrange interesses metaindividuais. A nova orientação jurisprudencial vem sendo aplicada pelo STJ”.

na medida em que seu texto veicula norma cuja redação obsta a propositura de ação civil pública em matéria tributária, bem como relacionada a contribuições previdenciárias, FGTS e demais fundos cujos beneficiários sejam individualmente identificáveis.

Ocorre que referida norma foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio de instrumento legislativo excepcional, qual seja, a Medida Provisória, devendo, portanto, restringir-se às situações extraordinárias, em que presentes os requisitos constitucionais da relevância e urgência. No caso em tela, não estão presentes quaisquer desses pressupostos, visto que jamais poderá ser relevante matéria que restrinja o direito fundamental de acesso à justiça, prestigiando o interesse da administração em detrimento do interesse público primário, bem como não há que se falar em urgência para o tema, em especial se considerado que o Supremo Tribunal Federal já apresentava posicionamento nesse sentido, pelo que remota seria hipótese de prejuízo ao erário.

Tal não bastasse, a Medida Provisória em análise passou por sucessivas reedições, desrespeitando o processo legislativo que a regula, segundo o qual a norma deve perder eficácia caso não analisada pelo Congresso Nacional no prazo previsto na Carta Magna, prazo este que, à época era de trinta dias e, atualmente, é de sessenta dias prorrogável por igual período.

Ainda em relação aos vícios de inconstitucionalidade que permeiam a Medida Provisória nº 2.180-35, constata-se que a mesma permanece em estado de “congelamento” desde a edição da Emenda Constitucional nº 32, de 2001, responsável por estabelecer que as Medidas Provisórias à época em vigor, devem permanecer vigentes até que haja deliberação definitiva do Congresso Nacional ou norma posterior as revogue. Assim, tal Medida, que deveria ser transitória, tornou-se permanente, produzindo os efeitos de verdadeira Lei Ordinária.

Desse modo, não deve ser permitido que norma

inconstitucional imponha entrave à defesa coletiva do contribuinte, em flagrante violação aos direitos de ação e acesso à justiça. Para evitar essa arbitrariedade, deverá ser buscado o controle difuso de constitucionalidade, apresentando-se pedido incidental de declaração de inconstitucionalidade da norma veiculada no parágrafo único do art. 1º da LACP.

Frise-se que a mera faculdade de busca pela tutela individual não contempla o acesso à justiça, o qual impõe a efetiva prestação jurisdicional, assim entendida quando respeitados os princípios do devido processo legal, observada uma duração razoável e alcançado resultado eficaz.

Em tema de direitos individuais homogêneos, em muitas situações o interesse tutelado não tem expressão patrimonial bastante para estimular a busca individual pelo Judiciário. Isto pode acontecer porque o ganho econômico advindo da lide é pequeno, ou mesmo porque os custos com o processo são demasiados, ou, ainda, porque o desgaste emocional decorrente da ida a juízo não é atrativo para o indivíduo que teve seu direito violado. Em qualquer dessas hipóteses, a tutela coletiva, originada por um dos legitimados ativos será o único meio de evitar-se a perpetuação da violação ao direito material em questão.

Não obstante, ainda quando o ganho econômico com a lide justifique a propositura de ação individual, a tutela coletiva representará vantagem em termos de economia processual, sendo inegável a racionalização da atividade jurisdicional adquirida pelo ajuizamento de uma única ação, ao invés de milhares de ações repetitivas. Desse modo, restará preservada redução de custos ao Estado, bem como maior eficiência na prestação da atividade judiciária, face a centralização do posicionamento jurídico adotado no caso, evitando-se a propagação de diferentes resultados advindos de diversas ações em curso.

Ademais, conforme mencionado, negar a propositura de ação civil pública em matéria tributária, no mais das vezes, importa em perpetrar a impunidade em favor do Fisco, visto que a

repercussão patrimonial do direito violado pode ser ínfima aos indivíduos isoladamente, mas, certamente, representará grande vulto à administração pública, importando em enriquecimento ilícito desta.

O interesse público secundário não pode suplantar os interesses sociais. Desse modo, a ordem jurídica não deve estar a serviço dos interesses da administração, mas sim dos administrados.

A disposição do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85 retrata a arbitrariedade estatal, bem como a utilização política do direito com fins de coerção, o que não se admite no Estado Democrático de Direito garantidor da efetividade dos direitos fundamentais veiculados na Carta Magna sem barreiras.



REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, 238 p.

_____. “Ação civil pública em matéria tributária: reflexões sobre a posição do STF e a medida provisória 1.984-19”. *In: Revista de direito do consumidor*. São Paulo, vol. 40, out./dez. 2001, p. 107-114.

ALVIM, Arruda. “A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor”. *In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 484-491.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo:

- Malheiros, 2010, 195 p.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999, 502 p.
- BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, 499 p.
- BINENBOJM, Gustavo. “A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos”. In: *Revista brasileira de direito público*. Belo Horizonte, ano 4, n. 14, jul./set. 2006, p. 9-53.
- BUENO, Cassio Scarpinela. *O Poder Público em juízo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, 377 p.
- CAPPELLETTI, Mauro. “Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil”. *Revista de processo*. São Paulo, v. 2, n. 5, jan./mar. 1977, p. 128-159.
- ___; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, 1233 p.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo (Lei nº 7.347 de 24/7/1985)*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, 568 p.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo, Max Limonad, 1999, 281 p.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2006, 320 p.
- DIDIER JR., Fredie; Zaneti Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. vol. 4. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017, 543 p.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, 413 p.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003, 301 p.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, 369 p.
- GIDI, Antonio. “A dimensão política do direito de ação”. *Revista do Cepej*. Salvador, n. 4, 1990, p. 186-197.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, 306 p.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “A ação civil pública refém do autoritarismo”. In: *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005, p. 236-247.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 318 p.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. v. 1. 5. ed. rev. a atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 524 p.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, 888 p.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, 1136 p.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, 803 p.
- MOREIRA, José Carlos de Barbosa. *Temas de direito processual: (terceira série)*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 173-221.
- NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 1929 p.

- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, 928 p.
- SILVA, Paulo Márcio da. *Inquérito civil e ação civil pública: instrumentos da tutela coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, 157 p.
- SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ação civil pública: competência e efeitos da coisa julgada*. São Paulo: Malheiros, 2003, 239 p.
- SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. Coimbra: 2006, 427 p.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, 1141 p.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. “Processo judicial tributário: medidas judiciais que o integram e a legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública que tem por objeto o não-pagamento de um tributo”. In: WALD, Arnoldo. *Aspectos polêmicos da ação civil pública*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101-113.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, 272 p.