

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DE DIREITO

ARTUR NEIVA MACHADO

A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À TUTELA JURISDICIONAL NAS
AÇÕES COLETIVAS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

SANTA RITA
2017

ARTUR NEIVA MACHADO

A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À TUTELA JURISDICIONAL NAS
AÇÕES COLETIVAS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Me Rinaldo Mouzalas de Souza e Silva

SANTA RITA
2017

Machado, Artur Neiva.

M149i A inconstitucionalidade da vedação à tutela jurisdicional nas ações coletivas em matéria tributária / Artur Neiva Machado – Santa Rita, 2017. 69f.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal da Paraíba.
Departamento de Ciências Jurídicas, Santa Rita, 2017.
Orientador: Prof^o. Me. Rinaldo Mouzalas de Souza e Silva.

1. Ações coletivas. 2. Tributos. 3. Vedação à tutela coletiva. 4. Inconstitucionalidade. I. Silva, Rinaldo Mouzalas de Souza e. II. Título.

BSDCJ/UFPB

CDU – 347.91

ARTUR NEIVA MACHADO

A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À TUTELA JURISDICIONAL NAS
AÇÕES COLETIVAS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Me Rinaldo Mouzalas de Souza e Silva

Data de aprovação: 17 de maio de 2017

Banca Examinadora:

Prof. Me. Rinaldo Mouzalas de Souza e Silva (Orientador)

Prof. Me. José Humberto Filho

Prof. Me. José Neto Barreto Júnior

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ORIGEM E DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TUTELA COLETIVA NO DIREITO COMPARADO E NO BRASIL.....	11
2.1 As ações populares (<i>actiones popularis</i>) do direito romano.....	13
2.2 As ações coletivas na Inglaterra.....	14
2.3 As <i>class actions</i> do direito norte-americano.....	19
2.4 As ações coletivas na Itália.....	22
2.5 A tutela jurisdicional coletiva brasileira.....	24
3 O PROCESSO COLETIVO, A AÇÃO COLETIVA E OS DIREITOS E INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS.....	28
3.1 Processo coletivo.....	28
3.2 Ação coletiva.....	29
3.3 Interesses difusos.....	29
3.4 Interesses coletivos <i>stricto sensu</i>	31
3.5 Interesses individuais homogêneos.....	31
4 FUNDAMENTOS DO PROCESSO COLETIVO E SUA CARACTERIZAÇÃO COMO ESPÉCIE DE PROCESSO DE INTERESSE PÚBLICO.....	33
4.1 Fundamentos sociológicos.....	33
4.2 Fundamentos políticos.....	33
4.3 O processo coletivo como espécie de processo de interesse público.....	34
5 A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA – ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS.....	39
5.1 A defesa dos contribuintes em juízo: violação ao princípio do acesso à justiça.....	40
5.2 A ilegitimidade da atuação Ministério Público em sede de ação coletiva tributária: infração aos deveres institucionais e à autonomia do <i>Parquet</i>	43
5.3 A inconsistência dos fundamentos trazidos pela exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.984-18/2000 – Mensagem n. 481/2000.....	48

5.4 A ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade: uma colocação indevida.....	53
5.5 A incorreta visão segundo a qual não poderia a relação Estado/contribuinte ser discutida mediante ação coletiva por não se caracterizar como de relação consumo.....	56
5.6 A questionável disponibilidade dos direitos individuais homogêneos dos contribuintes.....	60
8 CONCLUSÃO.....	62

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Olavo Machado e Maria Neiva, pelo amor, incentivo e apoio incondicional. À minha companheira Germanda, por estar ao meu lado ao longo dessa jornada. A meu orientador Rinaldo Mouzalas, pelo suporte, correções e dicas. Aos amigos e colegas, pelo incentivo e pelo apoio constantes. E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação.

RESUMO

A essência do presente trabalho é demonstrar a patente inconstitucionalidade de que padece o parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347, de 1985 (Lei da Ação Civil Pública – LACP). É notória a falta de proteção coletiva dos contribuintes brasileiros, que se encontram totalmente desamparados em função da vedação legal estabelecida no citado dispositivo, inserido de forma totalmente desarrazoada pelo Poder Executivo por meio da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, a qual se encontra em vigor até os dias atuais sem que tenha sido convertida em lei pelo Legislativo federal. Além disso, por conta dessa inovação trazida pela MedProv. nº 2.180-35/2001, têm entendido os tribunais pátrios pela ilegitimidade do Ministério Público para propor ação coletiva que tenha como objeto pretensões de natureza tributária, distanciando essa importante instituição do seu dever constitucional de defesa da sociedade e da ordem jurídica. Sendo assim, fazendo uma retrospectiva da tutela coletiva desde sua origem até os dias atuais, busca-se aqui demonstrar a contrariedade do dispositivo em questão em relação à Carta da República, bem como a fragilidade dos argumentos apresentados por aqueles que insistem em defender manutenção desse retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Ações coletivas. Tributos. Vedação à tutela coletiva. Inconstitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como enfoque a discussão acerca da previsão contida no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 7.347/85, o qual veda a tutela coletiva tributária. Consideramos inconstitucional tal vedação, por todos os motivos que serão adiante expostos.

No campo sócio-jurídico, este estudo se justifica em razão do destaque que a tutela coletiva vem recebendo no Brasil nos últimos anos, mormente com o advento da Lei 7.347/85, da Constituição Federal de 1988 e do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, assim como pelo injustificável tratamento jurídico e judicial conferido à tutela coletiva dos interesses e direitos individuais homogêneos dos contribuintes.

Historicamente os interesses transindividuais não foram facilmente identificados e agrupados de forma que pudessem ser devidamente tutelados. Numa sociedade eminentemente marcada pela individualidade e egoísmo, os direitos coletivos sempre ocuparam papel secundário na maioria dos ordenamentos, somente vindo à tona após largas transformações sociais. Na verdade, a eclosão dos interesses massificados somente foram presenciados pela coletividade, em geral, após esta (a coletividade) já ter experimentado sua transgressão. Isso evidencia a urgência por tutela e reconhecimento de tais direitos.¹

O Estado Democrático de Direito caracteriza-se pelo respeito à Constituição e às leis, notadamente aos direitos individuais e coletivos de seus cidadãos. A utilização da ação coletiva, nos moldes preconizados neste trabalho, é fator imprescindível ao pleno exercício da cidadania, na medida que promove a participação social na atividade estatal, bem como serve de instrumento para buscar corrigir ou resguardar esses interesses.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como um de seus fundamentos a cidadania. Além disso, a Carta de 88 erigiu o direito coletivo à categoria de direito fundamental, garantindo-lhe posição de destaque no ordenamento jurídico pátrio. Para sua proteção, instituiu mecanismos de tutela coletiva e dotou o Ministério Público de poderes e prerrogativas para garantir o efetivo respeito a esses interesses massificados.

Além do Texto Magno, outros diplomas legais previram a tutela de direitos coletivos. Dentre eles, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor se destaca como instrumento legal inserido no microsistema brasileiro de tutela coletiva para a proteção dos interesses e direitos coletivos. Uma festejada novidade trazida pelo CDC foi a possibilidade de se tutelar

1. GAJARDONI, Fernando da Costa. *O processo coletivo refém do individualismo*. In: ZANETI JR., Hermes (Coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 133.

interesses individuais homogêneos de forma coletiva, inovação que contribuiu sobremaneira para o alargamento da tutela coletiva brasileira.

Apesar de alguns entendimentos jurisprudenciais e doutrinários em sentido contrário, essa inovação trazida pelo Código Consumerista não se limita a defender coletivamente apenas o consumidor, mas a todas as coletividades de pessoas que possuam interesses e direitos decorrentes de origem comum, que possam ser enquadrados como individuais homogêneos.

Nos últimos anos tentou-se, sem muito sucesso, a produção de uma legislação que albergasse a tutela coletiva brasileira. Um exemplo disso foi o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que tinha por objetivo unificar e aprimorar as normas sobre tutela coletiva, preenchendo lacunas e eliminando entraves, com o fito de fornecer maior aplicabilidade e efetividade aos interesses transindividuais no seio social. Infelizmente, ao longo da tramitação legislativa, esse anteprojeto acabou sofrendo grandes alterações em seu texto e, ao final, foi arquivado pela Câmara dos Deputados.

Em que pese toda essa evolução legislativa, foi inserido, no ano 2001, por meio da MedProv. nº 2.180-35, o parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), o qual consagrou a proibição de se veicular, por meio de ação coletiva, quaisquer 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, constituindo, assim, em obstáculo injustificável e retrocesso ilegítimo à tutela coletiva no direito brasileiro.

Calcada nessa obstrução legal, a jurisprudência consolidou entendimento no sentido de não mais admitir a discussão das matérias aventadas nesse dispositivo via ação civil pública.

Não obstante o entendimento consolidado pelos tribunais pátrios e a vedação contida na Lei da Ação Civil Pública, grande parte da doutrina e o Ministério Público entendem ser inconstitucional tal restrição imposta à tutela coletiva.

Por certo, a função precípua do legislador é legislar, tomando como pressuposto nessa tarefa sempre o interesse da coletividade. No entanto, consoante salienta João Batista de Almeida, “não se pode elogiar as leis que destoam do sentimento coletivo, para privilegiar situações imediatistas que mais procuram atender interesse atual do governante do que defesa de direitos da cidadania”.²

2. ALMEIDA, João Batista de. *Considerações acerca de duas décadas de alterações da Lei n. 7.347/85*. In: CARVALHO ROCHA, João Carlos de et al (Coord.). *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei n. 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 1-2.

Com efeito, o objetivo deste trabalho é demonstrar a patente inconstitucionalidade do dispositivo em comento, mormente porque consubstancia investida ilegítima do Poder Executivo, por meio de Medidas Provisórias, contra a amplitude de utilização de ações coletivas nas matérias acima especificadas, uma vez que esse Poder está, na verdade, a restringir direitos e garantias individuais dos cidadãos brasileiros, especialmente porque a norma foi originada por sua iniciativa, que legisla em causa própria e proíbe a apreciação, pelo Poder Judiciário, de pretensões coletivas contra seus próprios atos. Além disso, restringe o direito à tutela judicial efetiva, o direito de acesso à justiça (inafastabilidade da jurisdição) e a atuação institucional do Ministério Público na defesa da sociedade – todos, ressalte-se, garantias constitucionais.

Para tanto, no primeiro capítulo será feita uma breve retrospectiva acerca da origem da tutela coletiva no direito comparado, sobretudo no que diz respeito aos ordenamentos jurídicos dos principais países que inspiraram a adoção desse instituto no Brasil. Ademais, será tratada, ainda, sua origem, evolução e contexto histórico que levou sua implementação no direito brasileiro.

No segundo capítulo, apresentar-se-á uma breve explanação sobre o conceito de processo coletivo e ação coletiva, bem como a conceituação e distinção das espécies de interesses transindividuais existentes no microssistema de tutela coletiva brasileiro.

Na sequência, o terceiro capítulo abordará os fundamentos sociológicos e políticos do processo coletivo, e falará da importância da tutela coletiva para a sociedade atual, massificada, em função de ser o processo de natureza coletiva uma espécie de *processo de interesse público*.

Por fim, o objetivo do quinto será o de demonstrar a inconstitucionalidade material e formal do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347, de 1985, passando pelos vários fundamentos que evidenciam esse conflito do dispositivo com a Constituição e com o processo legislativo ordinário federal – a exemplo da falta de justificativa para a vedação de tutela a matérias que a própria CF manda proteger e a ofensa aos deveres e prerrogativas institucionais do Ministério Público –, bem como o de refutar alguns argumentos utilizados por aqueles que defendem a constitucionalidade do dispositivo em questão – utilização da ação coletiva como indevido sucedâneo do controle concentrado; a impossibilidade de se defender direitos individuais homogêneos dos contribuintes por meio desse instituto, uma vez que a ACP se prestaria apenas para a defesa dessa espécie de direitos dos consumidores; e a

possível disponibilidade dos direitos individuais homogêneos dos contribuintes, o que vedaria a tutela coletiva.

A metodologia utilizada para a elaboração do presente trabalho consistiu essencialmente na pesquisa doutrinária, como forma de ratificar a posição aqui defendida; na análise cronológica das legislações que envolvem o tema, com o objetivo de apresentar o contexto histórico, social e político do surgimento da tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado; na análise das exposições de motivos das principais legislações correlatas como meio de aprofundar o estudo e apresentar as respectivas *mens legis*; e, por fim, na pesquisa jurisprudencial como forma de demonstrar os fundamentos prós e contras utilizados nas decisões que sustentam ou combatem a vedação contida no parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85.

O conteúdo analisado engloba os ramos do Direito Constitucional, Direito Processual Civil, Direito do Consumidor, Tutela Coletiva e Direito Tributário, sem olvidar da análise dos aspectos políticos e sociológicos à questão ora sob análise.

Ademais, cumpre salientar que os questionamentos aqui apontados e a tese apresentada são de salutar relevância para a reflexão de todos operadores do Direito e dos nossos representantes legislativos no que diz respeito a esse obstáculo implantado na legislação respectiva, que, além de ter sido inserido no ordenamento jurídico pátrio de maneira bastante temerária e questionável, viola diretamente a Constituição.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ORIGEM E DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TUTELA COLETIVA NO DIREITO COMPARADO E NO BRASIL

Os mecanismos coletivos de resolução de conflitos, dentre eles as ações coletivas, vêm ganhando importância no cenário processual nacional, tanto na doutrina quanto nos tribunais pátrios. Isso se dá em função da enorme quantidade de processos judiciais de índole individual que asseverba a justiça brasileira, prejudicando a entrega da prestação jurisdicional adequada. Os instrumentos coletivos de resolução de litígios de massa certamente contribuem para uma melhoria desse cenário.

Para compreendê-los, no entanto, é necessário fazermos um estudo acerca do desenvolvimento da tutela jurisdicional coletiva no direito comparado, especialmente das *class actions* norte-americanas, uma vez que delas derivaram as ações coletivas brasileiras.

A partir da década de 70 do século passado, devido à forte influência do modelo norte-americano de tutela coletiva de direitos, representada pelas “*class actions*”, dois juristas provenientes de troncos distintos do Direito (*commom e civil law*), engrandeceram o Direito moderno com o que eles vieram a denominar “ondas renovatórias do direito processual”. Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em sua obra “Acesso à Justiça”, erigiram três grandes ondas de renovação do direito processual, das quais, a segunda foi dedicada a defender a necessidade de coletivização do processo.

Na década de 70, processualistas italianos introduziram na Itália, país que adota o sistema jurídico do *civil law* (assim como o Brasil), a preocupação com o conceito e a necessidade de defesa dos direitos coletivos. Inauguraram, então, no âmbito doutrinário, um debate a respeito da tutela jurisdicional coletiva, passando a estudar as modernas *class actions* norte-americanas. Destacam-se, nessa época, os trabalhos científicos produzidos por Michele Taruffo, Mauro Cappelletti, Andrea Proto Pisani, Vittorio Denti, Vincenzo Vigoriti e Nicolò Trocker.³

A despeito de as ações coletivas pátrias terem se desenvolvido a partir das *class actions* do direito norte-americano, é preciso ressaltar que isso se deu de forma indireta. Nessa trilha, “A processualística brasileira, historicamente influenciada pelos autores italianos, passou a estudar indiretamente as ações coletivas norte-americanas, a partir da observação de trabalhos desenvolvidos na Itália a respeito do tema”. Vários trabalhos produzidos por estudiosos italianos (congressos, artigos jurídicos e livros) além de inspirarem a produção doutrinária nacional no que diz respeito ao processo coletivo, também

3. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O desenvolvimento das ações coletivas estrangeiras e a influência exercida no direito processual coletivo brasileiro*. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/O-DESENVOLVIMENTO-DAS-ACOES-COLETIVAS-ESTRANGEIRAS-E-A-INFLUENCIA-EXERCIDA-NO-DIREITO-PROCESSUAL-COLETIVO-BRASILEIRO.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2017, p. 1.

contribuíram para “sistematizar e identificar demandas coletivas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, mas que não possuíam a qualificação e a sistematização de uma ação coletiva (por exemplo, ação popular), pela falta de cientificidade do tema no país naquela época”.⁴

Os primeiros trabalhos publicados no Brasil sobre o tema datam da década de 70, de autoria de José Carlos Barbosa Moreira (*A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos*), Waldemar Mariz de Oliveira Jr. (*Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos*) e Ada Pellegrini Grinover (*A tutela jurisdicional dos interesses difusos*).

Nesse sentido, conclui Marcos de Araújo Cavalcanti:

Portanto, as ações coletivas brasileiras derivam, em certa medida, das *class actions* norte-americanas, uma vez que o desenvolvimento intelectual e legislativo do direito processual civil coletivo brasileiro, em um primeiro momento, sofreu influência direta dos processualistas italianos, que estudaram e produziram trabalhos acerca das ações coletivas estadunidenses na década de 70.⁵

Na década seguinte, com a redemocratização, passou a ganhar força a atividade do Ministério Público nas demandas cíveis, como também passou o a ter um ambiente adequado para a sistematização da tutela jurisdicional coletiva brasileira. Surgiram nessa época, por exemplo, duas das principais leis referentes ao assunto: a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

Ademais, tomando por base muitas vezes a obra de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, a doutrina geralmente assenta que o desenvolvimento da tutela jurisdicional coletiva no direito comparado se divide em três grandes marcos históricos: (a) o surgimento das ações coletivas na Inglaterra; (b) as *class actions* norte-americanas; (c) e a doutrina italiana.

Apesar dessa pluralidade de fontes, normalmente esse desenvolvimento histórico é tratado quase que exclusivamente sob ótica das *class actions* estadunidenses, “esquecendo-se, por exemplo, que os primeiros registros históricos apontam as *actiones popularis* do direito romano como o embrião das ações coletivas no cenário jurídico mundial”.⁶ Sendo assim, acrescentaremos ao presente trabalho, além da divisão proposta por Mendes, o estudo de Cavalcanti acerca das *actiones popularis* do período romano, tão pouco tratadas pelas doutrinas nacional e internacional.

4. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O desenvolvimento das ações coletivas estrangeiras e a influência exercida no direito processual coletivo brasileiro*. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/O-DESENVOLVIMENTO-DAS-ACOES-COLETIVAS-ESTRANGEIRAS-E-A-INFLUENCIA-EXERCIDA-NO-DIREITO-PROCESSUAL-COLETIVO-BRASILEIRO.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2017, p. 1.

5. CAVALCANTI, op. cit., p. 2.

6. CAVALCANTI, op. cit., p. 2.

2.1 As ações populares (*actiones popularis*) do direito romano

Poder-se-ia inicialmente soar estranho a afirmação de que durante o Império Romano teria sido concebido um instrumento que, no futuro, daria origem às ações coletivas modernas, haja vista que naquela época a noção de Estado não estava tão bem delineada como atualmente.

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, a perplexidade inicial desvanece quando se considera que a relação existente entre o cidadão e a *res publica*, mesmo naqueles tempos, baseava-se no sentimento de que esta última pertencia, de alguma forma, aos cidadãos romanos. A existência de uma ação de índole coletiva em um sistema predominantemente individualista deveu-se ao fato de a noção de Estado não estar bem definida. O Estado não possuía autonomia, de modo que a *res publica*, a coisa pública, os bens públicos, pertenciam a todos os cidadãos romanos, como uma espécie de comunhão indivisível. As demandas populares do direito romano, portanto, nada mais eram do que ações com que os cidadãos ingressavam para a defesa da coisa pública.⁷

Para Cavalcanti, a *actio romana* exigia um interesse pessoal e direto, exercido pelo titular do direito, para que pudesse ser regularmente utilizada. No entanto, as *actiones popularis* “eram tidas como exceção a esse princípio, exatamente porque através das demandas populares o cidadão perseguia um fim altruísta, de defesa dos bens e valores mais importantes para a coletividade”. Daí compreende-se o porquê de alguns cidadãos romanos terem legitimação para ingressar em juízo não em nome próprio, buscando resultados individuais, mas em nome de toda a coletividade romana, na defesa de direitos pertencentes à *res communes omnium*.⁸

O trecho seguinte resume muito bem essa ideia:

Assim, o direito romano admitia uma especial categoria de demanda, de caráter popular e coletivo, destinada à defesa do interesse público. O cidadão romano tinha legitimação para ingressar em juízo instaurando o processamento de uma demanda de índole privada, a fim de obter a condenação de qualquer pessoa que tivesse causado dano ao patrimônio público ou a interesses públicos. Ao assim agir, o cidadão romano defendia seu interesse pessoal e, ao mesmo tempo, o interesse de toda a coletividade.⁹

Percebe-se, assim, que as demandas populares do direito romano tinham a característica de tutelar direitos da coletividade, uma vez que, ao pleitear em juízo, o autor da demanda o fazia para a defesa dos direitos de todos, os quais possuíam um caráter indivisível

7. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O desenvolvimento das ações coletivas estrangeiras e a influência exercida no direito processual coletivo brasileiro*. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/O-DESENVOLVIMENTO-DAS-ACOES-COLETIVAS-ESTRANGEIRAS-E-A-INFLUENCIA-EXERCIDA-NO-DIREITO-PROCESSUAL-COLETIVO-BRASILEIRO.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2017, p. 2-3.

8. CAVALCANTI, op. cit., p. 3.

9. CAVALCANTI, op. cit., p. 3.

e indissociável, pertencentes a toda a sociedade. Constatam-se aí o surgimento do conceito de legitimação por categoria, segundo o qual uma única pessoa, o autor da demanda, postula o direito inerente a todo o grupo. Tais ações se constituíam em verdadeiros mecanismos que permitiam que alguns cidadãos ingressassem em juízo para a defesa dos interesses de todos, mesmo que não tivessem interesse pessoal direto sobre o objeto da lide.

Mediante essas demandas populares os cidadãos romanos exerciam uma espécie de “poder de polícia de natureza jurisdicional”, o que acontecia não como expressão de autoridade, mas “em razão da movimentação do Poder Judiciário para condenar os transgressores dos direitos relacionados a segurança pública, moralidade administrativa, patrimônio público”.¹⁰

Sobre esse aspecto, as lições de Fredie Didier e Hermes Zaneti Jr. são elucidativas:

Primeiro, e mais conhecido, o antecedente romano da ação popular em defesa das *rei sacrae, rei publicae*. Ao cidadão era atribuído o poder de agir em defesa da coisa pública em razão do sentimento, do forte vínculo natural que o ligava aos bens públicos lato sensu, não só em razão da relação cidadão/bem público, mas também pela profunda noção de que a República pertencia ao cidadão romano, era seu dever defendê-la. Daí o brocardo “*Reipublicae interest quam plurimus ad defendam suam causa*” (interessa à República que sejam muitos os defensores de sua causa).¹¹

Em meados do século V d.c houve o fim do Império Romano, o que gerou uma certa incerteza quanto ao caminho das ações populares daí em diante. O direito bárbaro não possuía nada semelhante a essas ações. Entraram em declínio, dessa maneira, as *actiones popularis* romanas.

Como se vê, as ações populares do direito romano podem, em certa medida, ser consideradas o embrião das modernas ações coletivas.

2.2 As ações coletivas na Inglaterra

A Inglaterra muitas vezes é apontada como o berço das ações coletivas em perspectiva mundial. Cavalcanti registra que Stephen Yeazell divide a evolução histórica dos litígios coletivos no direito inglês em três períodos: (a) do século XII ao século XV marca-se o denominado período medieval; (b) nos séculos XVI e XVII, o primitivo-moderno; (c) e, por último, do século XVIII em diante, o período moderno e contemporâneo.¹²

10. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O desenvolvimento das ações coletivas estrangeiras e a influência exercida no direito processual coletivo brasileiro*. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/O-DESENVOLVIMENTO-DAS-ACOES-COLETIVAS-ESTRANGEIRAS-E-A-INFLUENCIA-EXERCIDA-NO-DIREITO-PROCESSUAL-COLETIVO-BRASILEIRO.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2017, p. 3.

11. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 4., p. 25.

12. CAVALCANTI, op. cit., p. 4.

Os séculos XII e XIII foram os primeiros a registrarem situações que poderiam ser caracterizadas precedentes históricos das ações coletivas na Inglaterra medieval. Destaca-se, dentre elas, o caso do pároco Martin, de Barkway, que ajuizou demanda perante a Corte Eclesiástica de Cantebury, por meio da qual discutia o direito a certas oferendas e serviços diários, em face dos paroquianos de Nuthmstyead (povoado de Hertfordshire). Na ação, considerou os paroquianos como um grupo para fins de legitimidade passiva, do qual apenas alguns integrantes compareceriam em juízo para a defesa dos interesses desse agrupamento.

Ao longo dos séculos XIV e XV, comparado aos anteriores, houve significativo aumento de demandas grupais nos tribunais ingleses. No entanto, existia certa dificuldade de se coletar evidências históricas dessas postulações, uma vez que estas ocorriam, na maioria das vezes, nas Cortes locais e senhoriais, as quais tomavam conhecimento e resolviam primeiramente os litígios. As Cortes reais, de mais alto escalão, eram juízos de exceção. Por não chegarem na maioria das vezes às Cortes reais, o registro histórico desses precedentes era bastante prejudicado.

Cavalcanti, tomando como base os ensinamentos de Yeazell, resume muito bem esse período:

Certamente, outros conflitos típicos da Inglaterra medieval entre párocos e paroquianos, servos e senhores feudais, burgueses pobres e ricos ocorreram outras diversas vezes, sem nenhum registro histórico. Isso porque a grande maioria dos litígios da época medieval era decidida pelas Cortes locais e senhoriais. As Cortes reais eram juízos de exceção. Assim, não existem muitos assentamentos históricos de processos coletivos no âmbito das Cortes locais e senhoriais. Apenas alguns registros da Corte de Westminster foram preservados.¹³

De todo modo, é importante ressaltar que, naquela época, “não havia qualquer discussão técnica a respeito da titularidade da demanda coletiva, da legitimação para alguns ingressarem em juízo em nome da coletividade, da coisa julgada etc”. Não havia nada relativo à admissibilidade da demanda. Esta, pode-se dizer, “era feita de modo inconsciente”. A discussão limitava-se ao mérito.¹⁴

Já no período primitivo-moderno, isto é, durante os séculos 16 e 17, as ações coletivas tiveram forte declínio, em vista, sobretudo, da mudança do contexto econômico-social da Inglaterra. “O Estado inglês se fortaleceu e as relações comerciais e industriais aumentaram,

13. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O desenvolvimento das ações coletivas estrangeiras e a influência exercida no direito processual coletivo brasileiro*. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/O-DESENVOLVIMENTO-DAS-ACOES-COLETIVAS-ESTRANGEIRAS-E-A-INFLUENCIA-EXERCIDA-NO-DIREITO-PROCESSUAL-COLETIVO-BRASILEIRO.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2017, p. 5.

14. CAVALCANTI, op. cit., p. 5.

dando origem a novos grupos não tão coesos, divididos, organizados e fáceis de identificação, como aqueles que existiam durante o feudalismo”.¹⁵

O sistema feudal se encontrava em declínio e as ações de grupo, de certa forma comuns no medievo inglês, ficaram restritas à área rural. Transformaram-se, nessa época, basicamente em um tipo de procedimento especial excepcional, que era concedido através do *bill of peace*.

O *bill of peace* era uma espécie de autorização para processamento coletivo de uma demanda individual. Era concedido a partir de requerimento do autor com o objetivo de obter “provimento jurisdicional que incluísse os direitos de todos aqueles que, de alguma forma, estivessem envolvidos no litígio, tratando a questão de maneira uniforme e, assim, evitando a multiplicidade de processos idênticos”.¹⁶

Os primeiros questionamentos acerca de questões técnicas a respeito das demandas de coletivas apareceram por volta do século XVII, notadamente no que diz respeito à legitimação (ativa e passiva). Muitos creditam isso à influência que o *bill of peace* exerceu sobre as ações coletivas inglesas do período primitivo-moderno.

O *bill of peace* inglês foi tão importante para a concepção contemporânea de ação coletiva que alguns o consideram, a exemplo de Márcio Flávio Mafra Leal, “o embrião das ações modernas norte-americanas que cuidam dos direitos individuais homogêneos, uma vez que seu objetivo maior era o de impedir a multiplicidade das demandas de massa”. Sendo assim, ao citar as ideias do referido autor, Cavalcanti conclui que, por essa razão, “não é equivocado dizer que, em certa medida, as *class actions* modernas representam a evolução do *bill of peace* do século 17, para litígios referentes aos direitos individuais homogêneos”.¹⁷

Houve um caso emblemático para as ações coletivas nesse período. Trata-se da contenda *Brown v. Vermuden*, que aconteceu no ano de 1676, no qual o reverendo que precedeu *Brown, Carrier*, objetivando “obter o reconhecimento ao direito de receber o dízimo sobre a exploração das minas, ingressou em juízo em face de uma paróquia, não fazendo referência, na peça exordial, aos representantes da coletividade demandada”. Tais representantes foram escolhidos pela paróquia para apresentação da defesa, o que representou verdadeira inovação para a época, passando essa prática a vigorar a partir de então.¹⁸

15. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O desenvolvimento das ações coletivas estrangeiras e a influência exercida no direito processual coletivo brasileiro*. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/O-DESENVOLVIMENTO-DAS-ACOES-COLETIVAS-ESTRANGEIRAS-E-A-INFLUENCIA-EXERCIDA-NO-DIREITO-PROCESSUAL-COLETIVO-BRASILEIRO.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2017, p. 5.

16. CAVALCANTI, op. cit., p. 5.

17. CAVALCANTI, op. cit., p. 6.

18. CAVALCANTI, op. cit., p. 6.

Os séculos XVIII e XIX viam surgir na Inglaterra a revolução industrial, a qual trouxe consigo transformações econômico-sociais que impactaram diretamente as ações coletivas. Nasceram nessa época, por exemplo, as “sociedades anônimas (*joint-stock companies*) e as sociedades de mútuo socorro ou beneficentes (*friendly societies*), as quais, no futuro próximo, iriam exercer importante papel no desenvolvimento da economia do Estado inglês”. Esse cenário contribuiu diretamente para o declínio das demandas coletivas em solo inglês.¹⁹

Conforma salienta Cavalcanti, “O surgimento dessas corporações, após determinado tempo, fez com que a legitimação para ser parte fosse concedida apenas às pessoas físicas e às pessoas jurídicas (corporações), consideradas as únicas capazes de ir a juízo (*legal entity*)”,²⁰ excluindo-se dessa lista aquelas pessoas de existência jurídica duvidosa.

Além disso, outro fator que dificultava o ajuizamento de demandas desse tipo era o fato de que a própria Coroa inglesa é que reconhecia formalmente a personalidade jurídica de algumas coletividades, mormente quando pretendia desenvolver determinado ramo da economia. Sendo assim, o reconhecimento da personalidade jurídica era praticamente um privilégio concedido pela Coroa à entidade. Foi o que ocorreu, exemplificativamente, com a Companhia das Índias Ocidentais, criada com o objetivo de promover a exploração das colônias inglesas na Ásia. Diversos outros grupos, que não conseguiam obter a devida autorização da Coroa, ficavam à margem, sem o devido reconhecimento institucional para fins judiciais.

Entre os anos de 1873 a 1875 foram editados os *Supreme Court of Judicature Acts*, unificando as jurisdições de equidade e *common Law*. As *representative actions* foram expressamente previstas na *Rule 10* das *Rules of Procedure*. Não obstante, apesar da previsão expressa do cabimento das *representative actions* nesses documentos legais, elas permaneceram não sendo muito utilizadas, praticamente desaparecendo dos Tribunais ingleses por um longo período – do final do século XIX ao início do século XX. Isso se deu muito em função do que os Tribunais daquele país passaram a entender por “interesses comuns”, restringindo drasticamente o alcance do termo, o qual constituía requisito indispensável para a admissibilidade das demandas grupais.²¹

19. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O desenvolvimento das ações coletivas estrangeiras e a influência exercida no direito processual coletivo brasileiro*. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/O-DESENVOLVIMENTO-DAS-ACOES-COLETIVAS-ESTRANGEIRAS-E-A-INFLUENCIA-EXERCIDA-NO-DIREITO-PROCESSUAL-COLETIVO-BRASILEIRO.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2017, p. 7.

20. CAVALCANTI, op. cit., p. 7.

21. Dois casos são citados pela doutrina nesse período obscuro para a tutela coletiva inglesa. Um deles, “*Duke of Bedford v. Ellis*”, ocorreu em 1901, quando um grupo de feirantes ingressou em juízo com uma demanda em nome próprio e de outros feirantes da região, requerendo o reconhecimento judicial do direito de preferência na ocupação de espaços no mercado público. Nesse caso, a Corte de julgamento entendeu que não havia interesse

O processo coletivo voltou a ganhar força na Inglaterra na década de 70 do século passado. É que, em 1965, houve uma revisão do Regimento da Suprema Corte, o qual passou a admitir as *representative actions* nos casos em que houvesse um grande número de pessoas com interesses comuns em alguma causa.

De acordo com a *Order 15, Rule 12*, das *Rules of the Supreme Court*, quando uma grande quantidade de pessoas tivesse interesses comuns no resultado de qualquer questão jurídica, o processo coletivo poderia ser iniciado pela propositura da demanda por ou contra um ou mais de um dos interessados, que passariam a representar os demais integrantes da coletividade, salvo se o Tribunal determinasse de forma contrária.²²

Nos anos seguintes, com intensificação dos litígios massificados, e a maior incidência de casos de grande repercussão, a jurisprudência passou a debater a necessidade de se aperfeiçoar o sistema de tutela jurisdicional coletiva.²³

De acordo com Cavalcanti,

Na verdade, como explica José Carlos Barbosa Moreira, os anseios reformistas ingleses vinham-se manifestando, com intensidade crescente, ao longo dessas últimas décadas. Uma nova regulamentação da matéria era, pois, necessária. Em 1994, foi dado um passo decisivo quando o então *Lord Chancellor* encarregou o eminente magistrado, *Lord Woolf*, Presidente da Seção Civil da *Court of Appeal*, com o objetivo de elaborar uma pesquisa relativa ao sistema judicial inglês e de apresentar sugestões para a melhoria da Justiça, que vinha tendo o seu desempenho criticado, especialmente pelos seguintes motivos: excessiva lentidão, custo exorbitante, desnecessária complexidade e consequentes incertezas.²⁴

Mais tarde, com a ascensão dos trabalhistas ao poder, surgiu um clima favorável para a concretização das mudanças na regulamentação das *representative actions*. Sendo assim, no ano de 1997, foi elaborado o Relatório *Woolf*, o qual recebeu o nome de *Access to Justice – Final Report*, tratando especificamente sobre os litígios coletivos.

Como fruto desses anseios reformistas, no final do século 20, mais precisamente em 26.04.1999, foi aprovado para a Inglaterra e o País de Gales o Código de Processo Civil (LGL\1973\5) (*Civil Procedure Rules – CPR*). Este substituiu a disciplina anterior, que era fragmentária e não regulava a matéria sistematicamente. Segundo José Carlos Barbosa Moreira, o Código de Processo Civil (LGL\1973\5) inglês “vem sendo apregoadado como a maior transformação legislativa, nesse terreno, há mais de século”.²⁵

comum entre todos os integrantes da classe feirantes e não admitiu a *representative action*”. In: CAVALCANTI, op. cit., p. 7.

22. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O desenvolvimento das ações coletivas estrangeiras e a influência exercida no direito processual coletivo brasileiro*. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/O-DESENVOLVIMENTO-DAS-ACOES-COLETIVAS-ESTRANGEIRAS-E-A-INFLUENCIA-EXERCIDA-NO-DIREITO-PROCESSUAL-COLETIVO-BRASILEIRO.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2017, p. 7.

23. Dois casos são emblemáticos nesse sentido: “(a) o caso *Daves (Joseph Owen) v. Eli Lilly*, de 1987, também conhecido como o ‘*Caso Opren Litigation*’, que versou sobre pretensões indenizatórias em razão de danos sofridos por mais de 1.500 pessoas, decorrentes do uso do medicamento *Opren*; e (b) o caso *Hogson v. Imperial Tobacco Ltd.*, do ano de 1999, que discutiu o direito de indenização pelo diagnóstico de doenças oriundas da utilização contínua do tabaco”. In: CAVALCANTI, op. cit., p. 8.

24. CAVALCANTI, op. cit., p. 8.

25. CAVALCANTI, op. cit., p. 8.

O certo é que as mudanças introduzidas no ordenamento inglês acolheram as preocupações do Relatório *Woolf*, de forma que o Código de Processo Civil (LGL\1973\5) inglês passou a prever regras sobre mecanismos de resolução coletiva de litígios coletivos. Assim, atualmente existem na Inglaterra e no País de Gales dois principais mecanismos processuais para resolução de litígios coletivos: as *representative actions* (processos por representação); e as *group litigation orders* – *GLO* (ordens de litígio em grupo).

2.3 As *class actions* do direito norte-americano

Para compreender a sistemática que envolve as ações coletivas norte-americanas, é preciso ter em mente que, nos Estados Unidos, há uma considerável variedade de procedimentos para esse tipo de ação, tendo em vista o modelo jurisdicional dualista adotado por lá, o qual é formado por um sistema federal e outros cinquenta independentes sistemas estaduais (a República Federativa dos EUA é composta de 50 Estados, o Distrito de Columbia e territórios). A esfera federal é regida pelas *Federal Rules of Civil Procedures*, enquanto cada um dos 50 Estados possui legislações próprias nesse sentido, que, muitas vezes, divergem da legislação federal.

Apesar de haver essa enorme diversidade legislativa acerca do tema, tanto o sistema federal quanto os estaduais são dotados de regras que possibilitam o ajuizamento de demandas de natureza coletiva.

No sistema federal, a principal regra acerca das *class actions* está prevista na *Federal Rule of Civil Procedure 23*. Os apontamentos feitos aqui serão basicamente sobre o regramento de cunho federal, levando em consideração sobretudo o que dispõe a *Federal Rule of Civil Procedure 23*, haja vista a extensa e diversificada legislação independente estadual acerca do tema.

Conforme assenta Cavalcanti,

A versão original da *Federal Rule of Civil Procedure 23* foi editada pelo Congresso norte-americano em 1938. As *class actions*, portanto, existem nos Estados Unidos da América há mais de setenta anos. Em 1966, a Regra 23 foi amplamente revisada, dando formato às *class actions* de hoje.²⁶

26. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O desenvolvimento das ações coletivas estrangeiras e a influência exercida no direito processual coletivo brasileiro*. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/O-DESENVOLVIMENTO-DAS-ACOES-COLETIVAS-ESTRANGEIRAS-E-A-INFLUENCIA-EXERCIDA-NO-DIREITO-PROCESSUAL-COLETIVO-BRASILEIRO.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2017, p. 10.

No direito norte-americano, nos casos em que as lesões atinjam um grande número de indivíduos e a reunião de todos eles em um único processo por meio de um litisconsórcio multitudinário não seja recomendada, em vista do prejuízo que poderá acarretar à prestação jurisdicional, é que se admite a utilização das ações coletivas. Portanto, percebe-se que o cabimento das *class actions* diz respeito apenas às hipóteses de potencial litisconsórcio multitudinário, no qual a reunião de um enorme grupo de pessoas em um único processo causaria enormes dificuldades para a atividade jurisdicional.

Grande parte da doutrina assenta que as *class actions* norte-americanas têm suas raízes no *bill of peace* do direito inglês do século XVII, procedimento mediante o qual se “passou a permitir, já então, que representantes de determinados grupos de indivíduos atuassem, em nome próprio, demandando por interesses dos representados”.²⁷

As primeiras ações coletivas que se têm registro intentadas por lá datam do início do século XIX, época na qual o direito norte-americano sofria forte influência do sistema *common law* inglês. Naquela época, enquanto o número de demandas coletivas diminuía exponencialmente na Inglaterra, nos Estados Unidos aumentava em ritmo acelerado.

O primeiro caso que ganhou destaque foi o *West v. Randall*, ocorrido em 1820, julgado pela Corte de Apelações, presidida pelo magistrado *Joseph Story*. De acordo com Cavalcanti, o destaque para essa primeira demanda coletiva não se deu tanto em função de “suas características peculiares ou pelas decisões tomadas no processo, mas pelo fato de ter despertado em *Story* o interesse pelo estudo em torno das demandas coletivas”.²⁸

Nos anos de 1836 e 1838, o magistrado publicou o tratado *Commentaries on Equity Jurisprudence* e o *Commentaries of Equity Pleadings*, respectivamente, mostrando à comunidade jurídica norte-americana seus estudos sobre a tutela coletiva. Na primeira publicação, “concentrou seus esforços no *bill of peace* dos Tribunais de equidade ingleses. De acordo com o trabalho *Story*, as *representative actions*, num primeiro momento, tinham o objetivo de prevenir a multiplicidade de litígios coletivos, buscando a economia processual”. Ademais, destacava que tais ações buscavam propiciar um mais amplo acesso à justiça, uma vez que levavam a juízo demandas que não chegariam ao judiciário porque não seriam ajuizadas isoladamente pelo baixo valor envolvido. A segunda obra publicada se preocupou precipuamente com a extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada no âmbito dos processos

27. ZAVASCKY, Albino Teori. *Processo Coletivo Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 15.

28. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O desenvolvimento das ações coletivas estrangeiras e a influência exercida no direito processual coletivo brasileiro*. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/O-DESENVOLVIMENTO-DAS-ACOES-COLETIVAS-ESTRANGEIRAS-E-A-INFLUENCIA-EXERCIDA-NO-DIREITO-PROCESSUAL-COLETIVO-BRASILEIRO.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2017, p. 11.

coletivos. Nela, defendeu que a decisão não poderia se estender aos demais integrantes do grupo, vinculando-os, uma vez que não participaram do processo.

Os trabalhos de magistrado por certo influenciaram a Suprema Corte norte-americana, de sorte que esta, em 1842, editou a *Federal Equity Rule 48* (considerada a primeira regulamentação escrita das *class actions* naquele país), que nada mais era do que um conjunto de regras processuais de equidade (aplicável somente aos procedimentos dessa natureza). Esse, sem dúvida, foi um importante passo para o desenvolvimento dessas ações. Alguns anos depois, em 1912, houve uma revisão ampla das *Equity Rules* pela Suprema Corte. Decidiu-se, nessa ocasião, por revogar a *Equity Rule 48*, a qual foi substituída posteriormente pela *Equity Rule 38*. “Uma das mais importantes mudanças introduzidas pela *Equity Rule 38* foi a eliminação da restrição constante da parte final da *Equity Rule 48*, que impedia a extensão subjetiva da coisa julgada aos interessados ausentes do processo judicial”.²⁹

Posteriormente, no ano de 1938, houve a unificação dos sistemas do *common e equity law* no âmbito da Justiça Federal, como resultado da aprovação das *Federal Rules of Civil Procedure* – Código de Processo Civil (LGL\1973\5) da esfera federal do direito norte-americano. Com isso, houve uma grande ampliação do alcance das *class actions*, que passaram a poder ser ajuizadas para reconhecer direitos previstos em ambos os sistemas, a exemplo das ações indenizatórias que, até então, não poderiam ser objeto de discussão nas Cortes de equidade.

Sendo assim, a *Federal Rules of Civil Procedure* passou a prever, em sua Regra 23, a regulamentação das *class actions*. Ao longo do século XX esse instrumento processual coletivo foi aperfeiçoado por meio de novas alterações legislativas. Cite-se, como exemplo, o que ocorreu com as *class actions spurious*, substituídas pelas modernas *class actions for damages* ou *common question class actions*. Nas ações de classes espúrias, apenas os integrantes que tivessem optado por participar do processo seriam atingidos pelos efeitos da decisão. De outro lado, com as reformas experimentadas pelo sistema de tutela coletiva, os efeitos da decisão no âmbito do processo coletivo passaram a atingir direta e obrigatoriamente todos os membros da classe representada – ressalte-se que nas ações de classe verdadeiras e híbridas (*true e hybrid class actions*), todos os membros das classes já estavam sujeitos aos efeitos da decisão. Assim, “a partir da nova redação da *Rule 23*, em todas as categorias de *class actions*, a integralidade dos membros da classe será alcançada pelos efeitos da decisão”.

29. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O desenvolvimento das ações coletivas estrangeiras e a influência exercida no direito processual coletivo brasileiro*. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/O-DESENVOLVIMENTO-DAS-ACOES-COLETIVAS-ESTRANGEIRAS-E-A-INFLUENCIA-EXERCIDA-NO-DIREITO-PROCESSUAL-COLETIVO-BRASILEIRO.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2017, p. 12.

A única exceção admitida pela nova regra, segundo Cavalcanti, “é restrita à hipótese de os membros da classe exercerem o direito de não participar do julgamento coletivo, por meio de expresso requerimento (*opt-out*)”.³⁰

2.4 As ações coletivas na Itália

Como visto, Inglaterra e Estados Unidos há muito vêm desenvolvendo seus sistemas de tutela coletiva. O mesmo não pode ser dito da Itália, país que, assim como o Brasil, adota o sistema do *civil law*. Lá, a tutela jurisdicional coletiva surgiu recentemente, por volta dos anos 70 do século passado, quando um grupo de professores italianos passou a se debruçar com mais vigor sobre o tema, especialmente sobre as *class actions* do direito norte-americano. Destacam-se, nesse sentido, os trabalhos de Michele Taruffo, Mauro Cappelletti, Andrea Proto Pisani, Vittorio Denti, Vincenzo Vigoriti e Nicolò Trocker.

Neste ponto, um adendo: desde a primeira metade do século vinte já haviam sido publicadas obras pioneiras, importantíssimas e com ideias vanguardistas sobre as ações coletivas nesse país peninsular. Em 1911, por exemplo, Emilio Bonaudi publicou importante estudo monográfico intitulado *La tutela degli interessi collettivi*, acerca do tratamento dado à tutela coletiva em países como França e Bélgica; em 1912, Ugo Ferrone, em seu livro *Il processo civile moderno – Fondamento progresso e avvenire*, em seção dedicada “às ações de interesses gerais e à tutela de interesses coletivos, afirma que essas ações deveriam ser ajuizadas não apenas diretamente pelo indivíduo, mas também por uma entidade constituída”. Não obstante, apesar de haverem algumas publicações a respeito do assunto naquele momento, apenas a partir da década de 70 o tema ganhou força em terras italianas.

Importante precedente para a tutela jurisdicional coletiva italiana foi a decisão proferida pelo Conselho de Estado no sentido de reconhecer a legitimidade da associação ambientalista *Italia Nostra* para impugnar um ato da província de Trento, autorizando a construção de uma autoestrada nos arredores do lago de *Tovel*. A decisão prolatada pelo Conselho de Estado foi em sentido contrário ao entendimento jurisprudencial da época, que não admitia a defesa de interesses que não fossem individuais.

Essa decisão do Conselho de Estado serviu como propulsor das discussões acerca das ações coletivas naquele país, de modo que nos anos seguintes foram realizados vários eventos

30. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O desenvolvimento das ações coletivas estrangeiras e a influência exercida no direito processual coletivo brasileiro*. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/O-DESENVOLVIMENTO-DAS-ACOES-COLETIVAS-ESTRANGEIRAS-E-A-INFLUENCIA-EXERCIDA-NO-DIREITO-PROCESSUAL-COLETIVO-BRASILEIRO.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2017, p. 14.

pelos juristas italianos para debater o tema. Daí em diante houve diversas publicações de artigos científicos e livros a respeito do assunto.

A comunidade jurídica percebeu naquele momento uma necessidade de se adequar o direito processual às exigências do direito material coletivo, diante a nova realidade que surgia e da falta de instrumentos aptos a tutelar os interesses transindividuais.

(...) no final do século 20, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, novos problemas e preocupações decorrentes do grande desenvolvimento da sociedade e das mudanças das comunidades internacionais fizeram com que fosse buscada uma nova dimensão dos direitos fundamentais, fundada no princípio da fraternidade (solidariedade). A sociedade de massa, o crescente desenvolvimento científico-tecnológico e os questionamentos acerca da utilização das reservas naturais pelo homem, bem como a fragilidade dos consumidores perante as empresas que vorazmente dominavam o mercado, fizeram com que surgisse a necessidade de tutelar esses interesses metaindividuais e indivisíveis, classificados como direitos difusos. A evolução da sociedade de massa fez surgir a necessidade de tutelar os interesses metaindividuais e indivisíveis, classificados como direitos difusos e tidos como direitos humanos de terceira dimensão.³¹

Percebendo isso, Mauro Cappelletti e Bryant Garth publicaram em 1978 a mundialmente conhecida obra *Access to Justice* (Acesso à Justiça), na qual os autores verificaram a existência de algumas dificuldades que deveriam ser superadas para que o processo pudesse alcançar, com eficácia, seus escopos, bem como destacaram a necessidade de um tratamento legal específico quanto aos direitos coletivos, com técnicas processuais aptas a defendê-los adequadamente.

Nessa trilha, cabe citar ainda a obra de Vincenzo Vigoriti, *Interesse collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, publicada em 1979 e considerada um dos mais completos e densos estudos sobre os interesses coletivos já produzidos.

Quanto à legislação, destaque-se a Lei que instituiu o Estatuto do Trabalhador na Itália (Lei nº 300/1970), em especial seu art. 28. Esse diploma legal é tido por muitos como a primeira norma sobre a tutela de direitos coletivos do direito positivo italiano. Ele legitimou a organização sindical a demandar em juízo a cessação de condutas antissindicais e remoção seus efeitos, objetivando a defesa do exercício da liberdade sindical e do direito de greve. Essa regra, no entanto, é bem restrita, aplicando-se apenas a direitos sindicais e dos trabalhadores.

Outros instrumentos legais importantes para o direito coletivo italiano são a Lei nº 349/1986 (que estabelece a possibilidade de as associações de defesa do meio ambiente

31. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O desenvolvimento das ações coletivas estrangeiras e a influência exercida no direito processual coletivo brasileiro*. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/O-DESENVOLVIMENTO-DAS-ACOES-COLETIVAS-ESTRANGEIRAS-E-A-INFLUENCIA-EXERCIDA-NO-DIREITO-PROCESSUAL-COLETIVO-BRASILEIRO.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2017, p. 14.

intervirem em processos que envolvessem questões relacionadas à indenização por danos ambientais) e a Lei nº 281/1998 (que disciplina os direitos dos consumidores).

2.5 A tutela jurisdicional coletiva brasileira

Essa onda de estudos e publicações científicas dos juristas italianos sobre as *class actions* estadunidenses influenciou a doutrina nacional no fortalecimento e sistematização da tutela jurisdicional coletiva no Brasil. As primeiras publicações doutrinárias nesse sentido foram de autoria de notáveis processualistas brasileiros, do cunho de José Carlos Barbosa Moreira, Waldemar Mariz de Oliveira Jr. e Ada Pellegrini Grinover.³²

Esses primeiros trabalhos, bem como o contexto social e político da época (o país passava por um processo de redemocratização), criou um ambiente propício para o surgimento de duas das principais leis que compõem o atual microsistema de tutela coletiva brasileira: a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Nesse meio tempo veio a lume, ainda, uma nova Carta Política, a qual erigiu os direitos coletivos a posição de destaque dentro do ordenamento jurídico pátrio, situando-os na categoria de direitos fundamentais.³³

No entanto, antes do advento dessas normas, já vigorava em nosso sistema uma lei que tratava sobre o tema. Trata-se da Lei da Ação Popular. Dessa forma, do ponto de vista histórico, a Lei nº 4.717, de 1965, (Lei da Ação Popular: LAP) foi o primeiro instrumento normativo brasileiro a prever proteção processual a direitos materiais metaindividuais.³⁴ Na sequência, quase vinte anos depois, foi editada a Lei nº 6.938/1981, que outorgou proteção

32. “Esses trabalhos deram início ao debate acerca da tutela jurisdicional coletiva no Brasil, discutindo, em especial, a questão da titularidade da ação coletiva, com propostas teóricas que superaram os óbices rígidos da legitimação para agir prevista no art. 6.º do CPC (LGL/1973\5)”. In: CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O desenvolvimento das ações coletivas estrangeiras e a influência exercida no direito processual coletivo brasileiro*. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/O-DESENVOLVIMENTO-DAS-ACOES-COLETIVAS-ESTRANGEIRAS-E-A-INFLUENCIA-EXERCIDA-NO-DIREITO-PROCESSUAL-COLETIVO-BRASILEIRO.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2017, p. 14.

33. “Ora, a revolução processual provocada pelas tutelas coletivas só foi possível no Brasil em razão das aptidões culturais e do contexto histórico em que estava emergente o Estado Democrático Constitucional de 1988, consolidado na Carta Cidadã”. In: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 4., p. 31.

34. Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves: “No campo infraconstitucional, a Lei 4.717 de 1965, que regulamenta a ação popular, deve ser considerada o primeiro marco legislativo por ter sido a primeira lei que indiscutivelmente tratou de tutela coletiva no ordenamento brasileiro, sendo significativas as inovações por ela propostas, tais como a diferenciada forma de legitimação ativa, a possibilidade de o réu virar autor, a coisa julgada *secundum eventum probationis*, a obrigatoriedade de execução da sentença de improcedência, entre outras significativas novidades – ao menos à época – que serão analisadas no decorrer do presente livro. A legitimidade ativa do cidadão, entretanto, conforme examinado no item 8.2.1, não influenciou as posteriores leis infraconstitucionais que compõem o microsistema coletivo”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo Coletivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, pp. 45-46.

legislativa específica ao meio ambiente. Esses dois diplomas legais têm em comum, além de serem instrumentos de tutela coletiva, o fato de estabelecerem uma espécie de tutela jurisdicional meramente restaurativa ou ressarcitória da ordem jurídica violada, não fazendo qualquer menção a tutelas que tenham como escopo obrigações de fazer ou de não fazer.³⁵

Pois bem: essa ainda deficitária proteção dos direitos transindividuais prevista nas leis 4.717/1965 e 6.938/1981 foi corrigida com a edição da Lei nº 7.437/1985. Esse novel diploma legal passou a prever expressamente a possibilidade de obtenção de ordens judiciais inibitórias que objetivem “a observação de comportamento omissivo ou comissivo da parte demandada, representados por obrigações de fazer e não fazer”. Não há óbice, ainda, à cumulação de tais pedidos com pedido condenatório.³⁶

O campo protetivo inicialmente abrangido pela LACP (estabelecido no seu art. 1.º) era o seguinte: a tutela do meio ambiente, os direitos do consumidor, a proteção de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Além de todos esses bem jurídicos tutelados pelo art. 1.º, houve previsão que intentara proteger, também, “qualquer outro interesse difuso” (ressalte-se que essa expressão constava tanto na ementa da Lei, quanto em seus arts. 1.º, 4.º e 5.º). No entanto, o Presidente da República à época vetou parcialmente tais dispositivos, utilizando como justificativa a alegação de que expressão seria excessivamente ampla, o que geraria insegurança jurídica se aprovada.

Mais tarde, porém, com a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), houve alteração desse cenário. O art. 110 desse novel diploma normativo alterou a LACP, introduzindo em seu art. 1.º a possibilidade de proteção de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”. Nota-se que a proteção foi alargada em relação à redação anterior do dispositivo mencionado. É que, além de reafirmar a proteção a qualquer interesse difuso, a alteração introduzida pelo CDC adicionou a proteção a “qualquer interesse coletivo”, evidenciando, como bem ressalta Pimentel, “uma acertada opção por um sistema de tutela transindividual aberto e não taxativo”.³⁷ Surgiram, ainda, alterações posteriores, a exemplo da Lei 12.529/2011 e da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, que introduziram a possibilidade de proteção das ordens econômica e urbanística, respectivamente. Em verdade, essas duas últimas modificações serviram apenas para reforçar a proteção a tais bens jurídicos, prevendo-a expressamente no corpo da Lei, uma vez que eles já se encontravam abarcados pela expressão “qualquer direito difuso ou coletivo”.

35. PIMENTEL, Alexandre Freire. *Direitos coletivos em perspectiva histórica: análise dos critérios taxonômicos a partir dos planos processual e material*. Revista dos Tribunais, Nordeste, v. 4, p. 53-67, 2014.

36. PIMENTEL, op. cit., p. 53-67.

37. PIMENTEL, op. cit., p. 53-67.

Como dito, após a LACP tem-se o surgimento da Constituição Federal de 1988 como terceiro marco legislativo no que diz respeito à tutela coletiva brasileira. Coloca-se como terceiro porque, a despeito existirem outros importantes regramentos no tocante ao processo coletivo em nosso país, podem-se indicar quatro como principais – os quais têm relevância mais significativa na sistematização do processo coletivo. São eles: a Lei da Ação Popular, a Lei da Ação Civil Pública, a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor.³⁸

Um primeiro aspecto a se destacar quanto à Carta Magna é que, na questão do direito material coletivo, pela primeira vez o texto constitucional consagrou a tutela de direitos materiais difusos e coletivos. É possível visualizar claramente isso quando se observa que a Constituição vigente prevê, por exemplo, o direito à saúde, à educação, ao patrimônio histórico-cultural, ao meio ambiente, dentre muitos outros.

Em segundo lugar, é importante salientar que, quanto ao aspecto processual, a Carta Magna de 1988 “expressamente consagra regras referentes ao processo coletivo, ainda que não trate especificamente de procedimento de tal processo, missão, inclusive, outorgada à legislação infraconstitucional”.³⁹

Por fim, o quarto e último marco legislativo é o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990). Na sua parte processual (Títulos III e IV), esse diploma normativo prevê várias regras destinadas ao processo coletivo, “sendo aplicável em qualquer direito dessa espécie, e não só o direito coletivo consumerista”.⁴⁰

Segundo Daniel Amorim, o CDC trouxe duas importantes contribuições ao processo coletivo, o que o condiciona a figurar como marco legislativo da tutela coletiva:

Primeiro o diploma legal passou a prever que qualquer direito difuso ou coletivo poderia ser objeto de tutela coletiva, afastando a ideia restritiva que até então advinha do art. 1º da LACP. O rol legal, portanto, passou a ser meramente exemplificativo, o que, naturalmente, ampliou consideravelmente o âmbito de proteção coletiva em juízo. Na realidade, fez-se pelo Código de Defesa do Consumidor para todos os legitimados ativos aquilo que dois anos antes a Constituição Federal já havia feito para o Ministério Público.

Em segundo, e ainda mais importante, foi estendida aos direitos individuais homogêneos a tutela por meio do processo coletivo, com o Capítulo II do Título III inteiramente destinado a regulamentar essa tutela. Como a LACP só previa a tutela de direito difuso e coletivo, e a LAP só é cabível para a tutela do direito difuso à proteção do patrimônio público material e imaterial, a novidade do CDC realmente pode ser considerada significativa.⁴¹

Quanto à segunda contribuição, é importante que se diga que o CDC inspirou-se fortemente “nas *class actions for damages* do direito estadunidense para introduzir no

38. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo Coletivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 45.

39. NEVES, op. cit., pp. 45-46.

40. NEVES, op. cit., pp. 48-49.

41. NEVES, op. cit., p. 49.

ordenamento jurídico brasileiro a tutela jurisdicional coletiva dos direitos individuais homogêneos”. A Rule 23 b (3) previa como condição para o ajuizamento das *class actions for damages* a exigência da prevalência de questões comuns sobre as individuais. Em certa medida, tal condição também está presente no Brasil como requisito para ajuizamento de demandas para a defesa coletiva de direitos individuais, uma vez que a homogeneização dos direitos envolvidos deve ser verificada para que a ação possa ser admitida.

Nessa senda, embora nosso processo civil coletivo apresente uma disciplina original, sem tantos pontos em comum com o direito processual estadunidense, há de se reconhecer que as *class actions for damages* influenciaram fortemente a tutela jurisdicional coletiva no Brasil, contribuindo, sobretudo, para a sistematização das ações coletivas, o reconhecimento das que aqui já existiam e para o legislador se apercebesse da necessidade de um instrumento apto e capaz de tutelar os direitos individuais homogêneos, o que acabou acontecendo posteriormente.

Por fim, é de se destacar que atualmente o microsistema coletivo pátrio é formado, além desses importantes diplomas legais citados, por várias outras normas processuais, quais sejam: Lei nº 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente); Lei nº 7.853/1989 (Lei das Pessoas Portadoras de Deficiência); Lei nº 7.913/1989 (Lei dos Investidores dos Mercados de Valores Imobiliários); Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); Lei nº 8.492/1992 (Lei de Improbidade Administrativa); Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso); Lei nº 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança), dentre outras.

3 O PROCESSO COLETIVO, A AÇÃO COLETIVA E OS DIREITOS E INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

O processo coletivo é originado por meio da ação coletiva movida por um dos colegitimados previstos na legislação correlata, com o objetivo de movimentar o Poder Judiciário para resolver a contenda ali instalada. A ação, para ser considerada coletiva, deve ter por objeto a tutela de ao menos umas das espécies de interesses transindividuais previstos no art. 81 do CDC.

Mazzili nos ensina que os interesses transindividuais (direitos coletivos em sentido lato) situam-se numa posição intermediária entre o interesse público e o privado. São, portanto, interesses que extrapolam o âmbito estritamente individual, mas não chegam a constituir interesse público (interesse de proveito social ou geral, da coletividade considerada em seu todo). Dessa forma, os interesses transindividuais são aqueles “compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas (como os condôminos de um edifício, os sócios de uma empresa, os membros de uma equipe esportiva, os empregados do mesmo patrão)”⁴²

Do ponto de vista processual, a característica marcante dos direitos transindividuais, além do fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais vinculados pela mesma relação jurídica ou fática, é a presença da necessidade de substituição do acesso individual à Justiça pelo acesso coletivo, fazendo com que a decisão proferida no processo coletivo alcance uma solução mais eficiente da lide, uma vez que a demanda coletiva é intentada em proveito de todo um grupo lesado.⁴³

O Código de Defesa do Consumidor, atento a essa realidade – e, de certa forma, também procurando sistematizar a tutela dos interesses transindividuais já inicialmente prevista na LACP – buscou distingui-los segundo sua origem. Dessa maneira, a defesa coletiva de direitos na sistemática atual será exercida quando se tratar de: (a) interesses ou direitos difusos; (b) interesses ou direitos coletivos; (c) e interesses ou direitos individuais homogêneos.

3.1 Processo coletivo

42. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 50.

43. MAZZILLI, op. cit., pp. 50-51.

O processo coletivo é espécie do gênero processo jurisdicional, é um “procedimento (ato complexo) destinado à produção de norma jurídica em razão do exercício da jurisdição”.⁴⁴

Didier o conceitua como sendo aquele

em que se postula um direito coletivo lato sensu (situação jurídica coletiva ativa) ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, p. ex.) Observe-se, então, que o núcleo do conceito de processo coletivo está em seu objeto litigioso: coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva.⁴⁵

Dessa forma, percebe-se que a especificidade do processo coletivo, em relação ao processo individual, encontra-se no objeto litigioso. Para ser considerado coletivo, a relação jurídica litigiosa discutida por meio dele deve ser coletiva. Por seu turno, uma relação jurídica é coletiva quando em um de seus polos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se uma coletividade de pessoas consideradas em si. “Se a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo, está-se diante de um processo coletivo”.

3.2 Ação coletiva

A movimentação do Poder Judiciário ocorre a partir do uso do direito de ação por um dos legitimados. O processo coletivo é originado a partir da utilização desse direito de ação por quaisquer dos legitimados previstos no microssistema, pelo qual se afirma a existência de uma situação jurídica que enseje a intervenção judicial para ser resolvida a crise instalada perante o judiciário. Dessa forma, pode-se dizer que ação coletiva é, portanto, “a demanda que dá origem a um processo coletivo, pela qual se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva”.⁴⁶

A ação coletiva tem como uma de suas espécies a ação civil pública. Nesse sentido, como denominar ação que tenha por objeto direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos? Mazzilli responde essa indagação da seguinte forma: se quem estiver movendo a pretensão em juízo for o Ministério Público, o mais correto será, sob o ponto de vista

44. DIDIER JR., Fredie. *O conceito de processo jurisdicional coletivo*. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/revista-eletronica/63-volume-4-numero-3-trimestre-01-07-2014-a-30-09-2014/1458-conceito-de-processo-jurisdicional-coletivo>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

45. DIDIER JR., op. cit. p. 1.

46. DIDIER JR., op. cit. p. 1.

doutrinário, chamá-la de ação civil pública. Todavia, se proposta por associações civis, o mais adequado será denominá-la de ação coletiva.⁴⁷

Ainda segundo o autor, há também o enfoque legal. Sendo assim, sob o prisma da lei, pode-se considerar ação civil pública qualquer ação movida para defesa de interesses transindividuais que tenha como base a Lei nº 7.347/85, não importando, aqui, quem mova a ação (pode ser qualquer colegitimado coletivo). Por outro lado, considerar-se-á ação coletiva a ação fundada nos arts. 81 e s. do CDC, que tenha como objetivo a defesa de interesses transindividuais.⁴⁸

3.3 Interesses difusos

Difusos – conforme os conceitua o CDC – são os interesses ou direitos “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (art. 81, par. ún., I, do CDC). “Os chamados direitos difusos são aqueles cujos titulares não são determináveis. Isto é, os detentores do direito subjetivo que se pretende reger e proteger são indeterminados e indetermináveis”.⁴⁹

Assim, segundo definição de Didier e Zaneti, direitos difusos são aqueles

(...) transindividuais (metaindividuais, supraindividuais, pertencentes a uma coletividade), de natureza indivisível (só podem ser considerados como um todo), e cujos titulares sejam pessoas indeterminadas (ou seja, indeterminabilidade dos sujeitos, não havendo individuação) ligadas por circunstâncias de fato, não existindo um vínculo comum de natureza jurídica, v.g., a publicidade enganosa ou abusiva, veiculada através de imprensa falada, escrita ou televisionada, a afetar número incalculável de pessoas, sem que entre elas exista uma relação jurídica base, a proteção ao meio ambiente e a preservação da moralidade administrativa.⁵⁰

Como se vê, os direitos difusos, por sua natureza, extrapolam o plano individual; ou seja, não podem ser atribuídos a qualquer sujeito determinado, de modo que sua titularidade é conferida, indivisivelmente, a um grupo ou a toda a coletividade. O vínculo estabelecido entre as pessoas é estabelecido por circunstâncias de fato, geralmente genéricos, a exemplo do fato de habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas condições sócioeconômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos, o acesso à saúde pública, dentre outros.

47. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 74.

48. MAZZILLI, op. cit., p. 74.

49. NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 898.

50. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 4., p. 78.

3.4 Interesses coletivos *stricto sensu*

Conforme já mencionado linhas acima, a expressão interesses coletivos, em sentido lato, se refere a interesses transindividuais, pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas. É a esse sentido, por exemplo, que se refere a Constituição Federal em seu Título II e no art. 129, III. Do mesmo modo, é também a essa acepção lata a referência feita pelo CDC quanto à disciplina da ação coletiva, que serve não apenas para a defesa dos interesses coletivos em sentido estrito, mas também à dos interesses difusos e individuais homogêneos.

Já sentido estrito – ao qual se refere o inc. II, par. ún., do CDC –, os direitos coletivos são entendidos como aqueles transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas – indeterminadas, mas passível de determinação enquanto grupo, categoria ou classe determinável – ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Nesse particular, essa relação jurídica base pode ocorrer

(...) entre os membros do grupo “*affectio societatis*” ou pela sua ligação com a “parte contrária”. No primeiro caso temos os advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (ou qualquer associação de profissionais); no segundo, os contribuintes de determinado imposto. Os primeiros ligados ao órgão de classe, configurando-se como “classe de pessoas” (advogados); os segundos ligados ao ente estatal responsável pela tributação, configurando-se como “grupo de pessoas” (contribuintes).⁵¹

Cabe salientar, nesse ponto, que apesar de os interesses coletivos e difusos serem indivisíveis, eles se diferem basicamente por dois fatores: origem da lesão e abrangência do grupo. Titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, são pressupostos para os direitos de classificarem como difusos, enquanto os coletivos caracterizam-se por dizerem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas, determinadas ou, ao menos, determináveis, ligadas entre si pela mesma relação jurídica básica.⁵²

3.5 Interesses individuais homogêneos

Com o CDC foi acrescentada uma nova categoria de direitos, além daqueles já previstos no ordenamento (direitos difusos e coletivos *stricto sensu*) – a qual se chamou de direitos individuais homogêneos, cuja previsão coube ao art. 81, par. ún., III, desse diploma

51. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 4., pp. 78-79.

52. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 50.

normativo. Como dantes visto, essa proteção/garantia coletiva teve origem no sistema pátrio por influência das *class actions for damages* - “ações de reparação de danos à coletividade do direito norte-americano”.⁵³

Sobre a relevância dessa categoria para a tutela coletiva de direitos individuais, acentuam Didier e Zaneti:

A importância prática desta categoria é cristalina. Sem sua criação pelo direito positivo nacional não existiria possibilidade de tutela coletiva de direitos individuais com natural dimensão coletiva em razão de sua homogeneidade, decorrente da massificação/padronização das relações jurídicas e das lesões daí decorrentes. A “ficção jurídica” atende a um imperativo do direito, realizar com efetividade a Justiça frente aos reclames da vida contemporânea. Assim, “tal categoria de direitos representa uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa). Sem essa expressa previsão legal, a possibilidade de defesa coletiva de direitos individuais estaria vedada.”⁵⁴

A definição trazida pelo CDC para os direitos individuais homogêneos foi deveras lacônica e extremamente enxuta. De acordo com esse diploma legal, direitos individuais homogêneos são aqueles decorrentes de origem comum (art. 81, par. ún., III). São “de origem comum” “os direitos nascidos em consequência da própria lesão, ou, mais raramente, ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é *post factum* (fato lesivo)”⁵⁵.

Sobre esse ponto são precisas as lições de Watanabe:

“Origem comum” não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias ou de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores em um largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a “origem comum” de todos eles.⁵⁶

Ressalte-se que interesses coletivos se diferenciam dos individuais homogêneos quanto à divisibilidade. Apesar de ambos reunirem grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis, apenas os interesses individuais homogêneos são divisíveis; os coletivos, não.

53. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 4., p. 80.

54. DIDIER JR.; ZANETI JR., op. cit., p. 80.

55. DIDIER JR.; ZANETI JR., op. cit., p. 80.

56. WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 629.

4 FUNDAMENTOS DO PROCESSO COLETIVO E SUA CARACTERIZAÇÃO COMO ESPÉCIE DE PROCESSO DE INTERESSE PÚBLICO

Conforme bem salientam Fredie Didier e Hermes Zaneti Júnior, as ações coletivas possuem, em geral, dois fundamentos básicos, de ordem sociológica e política: o primeiro, mais abrangente, se manifesta através do princípio do acesso à justiça; o segundo, de cunho eminentemente de política judiciária, revela-se no princípio da economia processual.⁵⁷ Além disso, ressaltam os autores o caráter publicista do processo coletivo, que muitas vezes serve de verdadeiro instrumento para a concretização de direitos fundamentais.

4.1 Fundamentos sociológicos

As motivações de caráter sociológico podem ser verificadas principalmente no fato de as ações coletivas promovem o aumento das “demandas de massa”, induzindo a uma “litigiosidade de massa”, que precisa ser controlada em face da crescente industrialização, urbanização e globalização da sociedade contemporânea.⁵⁸

Tomando como base o cenário que vem influenciando o pensamento jurídico em prol da tutela coletiva de direitos, salientam os autores:

A constitucionalização dos direitos e os movimentos pelos direitos humanos e pela efetividade dos direitos fundamentais (como direitos humanos constitucionalizados), partindo dos primeiros documentos internacionais resultantes do fim da II Guerra Mundial, levaram o Direito a um novo patamar pós-positivista e principiológico, exigindo uma nova postura da sociedade em relação aos direitos. A visão dos destinatários das normas jurídicas e do aparelho judicial e não apenas dos órgãos produtores do direito passa a ingressar no cenário. Para tutelar efetivamente os "consumidores" do direito, as demandas individuais não faziam mais frente a nova realidade complexa da sociedade.⁵⁹

Como se vê, a ação coletiva é o instrumento idôneo a permitir o amplo acesso à justiça das demandas de massa, as quais, como se sabe, apresentam peculiaridades que exigem tratamento processual diferenciado, distinto daquele previsto para as demandas individuais.

4.2 Fundamentos políticos

Já no campo político, as motivações que mais se sobressaem são a “redução dos custos materiais e econômicos na prestação jurisdicional”, de forma a atender ao indigitado princípio

57. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 4., p. 35.

58. DIDIER JR.; ZANETI JR., op. cit., p. 36.

59. DIDIER JR.; ZANETI JR., op. cit., p. 36.

da economia processual; “a uniformização dos julgamentos, com a conseqüente harmonização social, evitação de decisões contraditórias e aumento de credibilidade dos órgãos jurisdicionais e do próprio Poder Judiciário como instituição republicana”. Ainda nessa linha, outro efeito benéfico para as relações sociais se consubstancia na “maior previsibilidade e segurança jurídica decorrente do atingimento das pretensões constitucionais de uma Justiça mais célere e efetiva (EC 45/04)”.⁶⁰

Ressalte-se, ademais, que as ações coletivas propiciam significativa redução do número de demandas propostas individualmente com origem comum perante o judiciário, uma vez que, em um único processo, os conflitos são solucionados de maneira genérica, reduzindo, dessa forma, o número de processo que assoberbam os tribunais pátrios.

Ora, foi precisamente para evitar centenas, milhares, ou às vezes até milhões de ações individuais, que assoberbariam o Poder Judiciário, levariam décadas para serem julgadas, receberiam decisões contraditórias e causariam o desprestígio da Justiça e até mesmo o abandono do direito – foi para evitar tudo isso, que a Constituição (arts. 5º, XXI, LXX e LXXIII; 8º, III; 129, III; e 232) e as leis (v.g., 7.347/85 e 8.078/90) instituíram um sistema de ações de caráter coletivo, pelas quais alguns colegitimados (Ministério Público, sindicatos, associações civis etc.) podem, num único processo, obter a decisão sobre a existência ou não de um direito que diga respeito a categoria, classe ou grupo de pessoas.⁶¹

Vemos, pois, a relevância de tais institutos processuais para a ordem jurídica moderna, uma vez que servem como mecanismos de acesso à justiça, economia processual, participação social e efetivação dos direitos coletivos.

4.3 O processo coletivo como espécie de processo de interesse público

O processo civil, na sua vertente individual, serve, em regra, para “ajustar disputas entre partes privadas a respeito de direitos privados”.⁶² Já o processo coletivo, em contraposição à finalidade meramente individual do primeiro, serve à “litigação de interesse público”; ou seja, servem os processos coletivos às demandas judiciais que guarnecem interesses metaindividuais, “aqueles referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade”⁶³.

60. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 4., p. 35.

61. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 712-713.

62. CHAYES, Abram. "The role of the judge in public law litigation". *Harvard Law Review*, vol. 89, nº 7, p. 1281 – 1316, may 1976. esp. p. 1282, *apud* DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 4., p. 37.

63. DIDIER JR.; ZANETI JR., op. cit., p. 37.

Sendo assim, as ações coletivas foram instituídas com o objetivo de servirem como instrumento para tutelar

Interesses de uma parcela da comunidade constitucionalmente reconhecida, a exemplo dos consumidores, do meio ambiente, do patrimônio artístico, histórico e cultural, bem como, na defesa dos interesses dos necessitados e dos interesses minoritários nas demandas individuais clássicas (não os dos habituais pólos destas demandas, credor/devedor). Melhor dizendo, não interesses "minoritários", mas sim interesses e direitos "marginalizados", já que muitas vezes estes estão representados em número infinitamente superior aos interesses ditos "majoritários" na sociedade, embora não tenham voz, nem vez.⁶⁴

Didier e Zaneti, ao se reportarem ao processo coletivo como espécie de processo de interesse público, não fazem referência ao caráter eminentemente público e insuprimível do processo civil como instrumento exteriorizador da vontade estatal e de pacificação social, ou seja, “ao seu conteúdo público de retorno à sociedade de respostas estabilizadoras dos conflitos e ao seu caráter público na elaboração formal das normas”. Querem, com isso, ir além: vislumbram ‘a defesa do interesse público primário através dos litígios cíveis, inclusive na atuação de controle e realização de políticas públicas através desta “litigação”’.⁶⁵

Conforme preleciona a melhor doutrina administrativista, todos os órgãos públicos, das três esferas de poder, devem sempre atuar com a finalidade de concretizar o verdadeiro interesse público, qual seja, o interesse público primário. Nesse ponto, portanto, para melhor compreensão do que está sendo abordado, é necessário fazermos referência à distinção entre os interesses públicos primários e secundários.

O primeiro caracteriza-se como o verdadeiro interesse público, manifestado pelos interesses diretos do povo, gerais e imediatos. Por outro lado, o interesse público secundário representa os interesses imediatos do Estado enquanto pessoa jurídica, titular de direitos e obrigações. Este, inclusive, por estar subordinado àquele, jamais pode dele destoar, uma vez que o interesse primário estatal é seu legitimador e fundamento constitutivo.

“Caso algum interesse público secundário seja contrário aos interesses públicos primários, nem mesmo poderá ser considerado interesse público, mas apenas um interesse administrativo ou governamental ilegítimo”.⁶⁶

Nesse sentido, assevera o professor Celso Antônio Bandeira de Melo ao transcrever a leitura de Renato Alessi (*Sistema fstituzionale dei Diritto Amministrativo Italiano*):

(...) o interesse coletivo primário ou simplesmente interesse público é o complexo de interesses coletivos prevalente na sociedade, ao passo que o interesse secundário é composto pelos interesses que a Administração poderia ter como qualquer sujeito

64. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 4., p. 37.

65. DIDIER JR.; ZANETI JR., op. cit., p. 37.

66. ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 25. ed. São Paulo: Editora Método, 2015, pp. 207-208.

de direito, interesses subjetivos, patrimoniais, em sentido lato, na medida em que integram o patrimônio do sujeito. Cita como exemplo de interesse secundário da administração o de pagar o mínimo possível a seus servidores e de aumentar ao máximo os impostos, ao passo que o interesse público primário exige, respectivamente, que os servidores sejam pagos de modo suficiente a colocá-los em melhores condições e tornar-lhes a ação mais eficaz e a não gravar os cidadãos de impostos além de certa medida.⁶⁷

Conforme salientam Didier e Zaneti, nesse panorama amplo podem ser incluídos os “direitos coletivos lato sensu e também os direitos individuais indisponíveis caracterizados como interesses de ordem social e pública pela legislação ou pela Constituição. Essa parece ter sido a intenção do legislador pátrio e da norma constitucional”.⁶⁸

Já existem, inclusive, posicionamentos do Supremo Tribunal Federal no sentido de permitir a implementação de políticas públicas mediante intervenção do próprio Poder Judiciário. São, contudo, situações excepcionais, uma vez que foi constitucionalmente atribuído ao Executivo o dever de realizar essa tarefa. Ilustrativamente, confira-se o seguinte julgado:

Educação Infantil. Atendimento em Creche. Dever Constitucional do Poder Público. A Turma manteve decisão monocrática do Min. Celso de Mello, relator, que dera provimento a recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra acórdão do Tribunal de Justiça do mesmo Estado-membro que, em ação civil pública, afirmou que a matrícula de criança em creche municipal seria ato discricionário da Administração Pública – v. Informativo 407. Tendo em conta que a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível (CF, art. 208, IV), asseverou-se que essa não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Entendeu-se que os Municípios, atuando prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º), não poderão eximir-se do mandamento constitucional disposto no aludido art. 208, IV, cuja eficácia não deve ser comprometida por juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade. Por fim, ressaltou-se a possibilidade de o Poder Judiciário, excepcionalmente, determinar a implementação de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sempre que os órgãos estatais competentes descumprirem os encargos políticos-jurídicos, de modo a comprometer com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. R E 436996 AgR/SP, rei. Min. Celso de Mello, 22.11.2005.⁶⁹

67. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 4., p. 37.

68. DIDIER JR.; ZANETI JR., op. cit., p. 38.

69. Boletim Informativo do STF nº 410 (RE-436996). É esse, também, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "STJ – PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE PILHAS PARA O FUNCIONAMENTO DE APARELHOS AUDITIVOS EM FAVOR DE MENOR. SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. ART. 227 D A CF/88. *LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET*. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7º, 200 e 201 DO DA LEI Nº 8.069/90. ... o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 4. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular; a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 5. Deveras, é mister conferir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso ele ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a *fortiori*, legitimou o Ministério

Indo além, é de se ressaltar que os projetos que tentaram instituir um Código Brasileiro de Processos Coletivos previram em seus textos esta relevante questão. É o que se pode observar, por exemplo, no art. 19, §1º, do projeto capitaneado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil – IBDP, do qual se retira o seguinte:

Art. 19. Legitimidade ativa. (...) § 1º. Na defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, qualquer legitimado deverá demonstrar a existência do interesse social e, quando se tratar de direitos coletivos e individuais homogêneos, a coincidência entre os interesses do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda (CBPC-IBDP).

Já o art. 8º do CBPC-UERJ/UNESA prevê que:

Art. 8º. Requisitos específicos da ação coletiva. (...) II – a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas (CBPC-UERJ/UNESA).⁷⁰

Por fim, cabe mencionar que o tema também é tratado pela doutrina internacional, demonstrando, assim, sua importância no cenário jurídico atual. É o que nos mostram, mais uma vez, os célebres Fredie Didier e Hermes Zaneti Jr.:

A doutrina internacional se tem preocupado desde há muito com o tema do processo civil de interesse público. Alguns exemplos podem ser citados. Para além do trabalho de Abram Chayes já referido, o excelente trabalho de Mauro Cappelletti: “O Papel do Ministério Público, da Prokuratura e do Attorney General na Litigação Civil-Com o Acréscimo de Outras Formas de Representação do Interesse Público e dos Grupos nos Procedimentos Cíveis” à guisa de relatório geral ao IXº Congresso Internacional de Direito Comparado publicado em: CAPPELLETTI, Mauro; JOLOWJCZ, J.A. “Public interest parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation”. Milano/New York: Giuffrè/Oceana Publications, 1975.

Ainda, vale conferir o profundo trabalho de Mirjan R. Damaska. “The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process”. New

Público para o manejo dos mesmos. 6. *Legitimatío ad causam* do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis. 7. Sob esse enfoque, assento o meu posicionamento na confinação ideológica e analógica com o que se concluiu no RE nº 248.889/SP para externar que a Constituição Federal dispõe no art. 227 que: ‘É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.’ Consequentemente a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, arts. 127 e 129). 8. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. 9. Outrossim, a Lei nº 8.069/90 no art. 7º, 200 e 201, consubstanciam a autorização legal a que se refere o art. 6.0 do CPC, configurando a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como ‘substituição processual’. 10. Impõe-se, contudo, ressaltar que a jurisprudência predominante do E. STJ entende incabível a ação individual capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp nº 706.652/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 18/04/2005; REsp nº 664.139/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 20/06/2005; e REsp nº 240.033/CE, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 18/09/2000). 11. Recurso especial provido.” (1ª T., REsp nº 681.012/RS; Rel. Mn. Luiz Fux, j. em 06.10.2005, publicado no DJ de 24.10.2005, p. 190).

70. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 4., pp. 40-41.

Haven/London: Yale University Press, 1986. Neste trabalho o autor configura três tipos de relação entre as faces da Justiça e a autoridade estatal: a) o modelo hierárquico de autoridade, vocacionado à implementação de políticas públicas (Europa continental); b) o modelo coordenado de utilização do poder, vocacionado para a solução dos conflitos (Estados Unidos da América do Norte); e, por último, o modelo híbrido que está em formação e que parece mais indicado para realizar as tarefas de uma democracia deliberativa procedimental em uma sociedade pluralista, c) o modelo coordenado de implementação de políticas públicas. Este último modelo também está especialmente voltado para a atuação do controle e da realização de políticas públicas através do Poder Judiciário. Note-se bem, “através”, uma vez que o Judiciário é inerte e o modelo coordenado exige autoridade compartilhada, ficando o juiz adstrito aos limites do contraditório renovado, não meramente formal (dever de debate e direito de influência). Por outro lado, recentemente a doutrina nacional se vem debruçando sobre a questão da “litigação” de interesse público. Podemos indicar alguns trabalhos muito interessantes nessa perspectiva. Confrontar, por exemplo, “Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social” livro organizado por Carlos Alberto de Salles, contando com prestigiados autores nacionais que vale mencionar: Ada Pellegrini Grinover; Adilson Abreu Dallari; Cássio Scarpinella Bueno; Donald Armelin; Floriano Azevedo Marques; Hugo Nigro Mazzilli; José Eduardo Faria; José Reinaldo Lima Lopes; José Roberto dos Santos Bedaque; Kazuo Wat anabe; Maria Sylvia Zanella di Pietro; Milton Sanseverino; Rodolfo Camargo Mancuso.⁷¹

Como se vê, o tema está em voga tanto internamente, sendo discutido pelos tribunais e dos juristas pátrios, quanto internacionalmente. Percebe-se, com isso, a relevância do processo coletivo nas sociedades modernas, bem como a importância de imprimi-lo um caráter de processo de interesse público. “Acreditamos que ao conceito de demandas coletivas deva imperativamente aderir este novo elemento: a ação coletiva precisa caracterizar-se como um processo de interesse público”.⁷²

71. DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 4., pp. 41-42.

72. DIDIER JR.; ZANETTI JR., op. cit., p. 41.

5 A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA – ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS

O Estado, para manter sua estrutura e disponibilizar os serviços que lhe competem ao cidadão-contribuinte, arrecada recursos materiais por meio de sua atividade financeira. Atua, assim, como autêntico provedor das necessidades coletivas.

A atividade financeira do estatal gira em torno, precipuamente, da arrecadação tributária. A cobrança de tributos, dessa forma, mostra-se como a principal fonte das receitas públicas, voltadas ao atingimento dos objetivos fundamentais da República, inseridos no art. 3º da Constituição Federal, tais como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, tendente à redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem-estar da coletividade.⁷³

No entanto, o poder de tributar encontra diversas limitações,⁷⁴ seja em virtude dos próprios princípios constitucionais tributários, ou mesmo naqueles presentes no próprio Direito Tributário, seja por conta das garantias processuais estabelecidas no ordenamento jurídico pátrio para combater eventuais abusos advindos do ente tributante. Quanto a estas é importante observar que “Para combater os abusos no poder de tributar, a Constituição garante tanto o acesso individual como o coletivo à jurisdição, pois a norma do art. 5º, XXXV, é ao mesmo tempo garantia individual e coletiva”.⁷⁵

Ocorre que, no ano de 2001, o Poder Executivo federal editou a Medida Provisória⁷⁶ nº 2.180-35, que alterou a Lei nº 7.347/85 (LACP), acrescentando um parágrafo único ao art. 1º desse diploma legal, o qual prevê que 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.

73. SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 39.

74. Nas palavras de Hugo Nigro Mazzili, “O poder impositivo tributário do Estado sujeita-se a limites legais e éticos”. Assim, a tributação justa não pode ter o caráter de confisco, devendo atender aos princípios da isonomia, da capacidade contributiva, da equitativa distribuição da carga tributária, da generalidade e da progressividade”. *In A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 711.

75. MAZZILLI, op. cit., p. 712.

76. CF, art. 62. “Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)”.

No entanto, tal dispositivo, por diversos motivos, incorre manifesta inconstitucionalidade, material e formal, conforme veremos a seguir.

5.1 A defesa dos contribuintes em juízo: violação ao princípio do acesso à justiça

O Estado Democrático de Direito caracteriza-se pelo respeito à Constituição e às leis, notadamente aos direitos individuais e coletivos de seus cidadãos. A utilização da ação coletiva, nos moldes preconizados neste trabalho, é fator imprescindível ao pleno exercício da cidadania, de modo a impedir a exigência, muitas vezes inconstitucional e arbitrária, de tributos e contribuições pelo poder público.

Contesta-se, assim, a constitucionalidade das investidas do Poder Executivo, por meio de Medidas Provisórias, contra a amplitude de utilização da Ação Civil Pública, uma vez que o Executivo está, na verdade, a restringir direitos e garantias individuais dos cidadãos brasileiros, especialmente porque a norma foi originada por sua iniciativa, que legisla em causa própria e proíbe a apreciação, pelo Poder Judiciário, de pretensões coletivas contra seus atos (Poder Executivo).

Ou seja, o diploma normativo encimado simplesmente proibiu a utilização da tutela coletiva quando esta tiver por objeto alguma das matérias ventiladas no referido dispositivo legal.

Sendo assim, a simples vedação ao processo coletivo, deixando aos interessados apenas a via da tutela individual, não afrontaria o princípio da inafastabilidade da jurisdição? Tal previsão não seria, portanto, inconstitucional?

Conforme prelecionam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Branco,⁷⁷ “a ordem constitucional brasileira assegura, de forma expressa, desde a Constituição de 1946 (art. 141, § 4º), que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF/88, art. 5º, XXXV)”.

Tem-se nesse ponto, portanto, de forma clara e inequívoca, a consagração da tutela judicial efetiva, que garante a proteção judicial contra lesão ou ameaça a direito, consubstanciando o que a doutrina costuma chamar de princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Ao lado dessa garantia geral, a Constituição consagra expressamente importantes garantias especiais, dentre elas a ação civil pública.

77. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 401.

De acordo com as lições de Daniel Amorim Assumpção Neves,⁷⁸ “ainda que não exista qualquer previsão a respeito da tutela do direito individual homogêneo na Lei 7.347/1985, não há dúvida de que também a tutela dessa espécie de direito se prestará à ação civil pública”. E completa o autor dizendo que, embora essa espécie de direito só esteja previsto como tutelável pelo microsistema coletivo do CDC, “é indubitável que a ação civil pública nesse caso pode ter como objeto direitos individuais homogêneos de diferentes naturezas, não se limitando à tutela do consumidor”.

Dessa forma, a ação civil pública tem o mais amplo campo de cabimento dentre todas as ações coletivas que compõem o processo coletivo comum. Além de ser cabível nas três espécies de direitos tutelados pelo microsistema coletivo – difuso, coletivo e individual homogêneo –, é instrumento hábil a tutelar a mais variada gama de direitos materiais, desde aqueles previstos expressamente no art. 1º da LACP, como outros, por exemplo, o direito das crianças e adolescentes, dos idosos, à saúde pública, à educação etc.⁷⁹

Sendo assim, apesar de o inciso IV do citado art. 1º prever que todos os direitos difusos e coletivos poderão ser objeto da ação coletiva (incluindo-se nesse rol os direitos individuais homogêneos de qualquer natureza, por aplicação da ideia do microsistema coletivo)⁸⁰, o parágrafo único reduz em grande parte a amplitude de proteção prevista no corpo do artigo.

O dispositivo é duramente criticado por grande parte da doutrina, segundo a qual o verdadeiro objetivo da norma em comento seria o de “afastar o Poder Público do alcance de ações coletivas cujo resultado positivo poderia impor-lhe um dano de dimensões consideráveis”.⁸¹ A mera vedação à via coletiva, sem justificativa que se sustente, deixando aos interessados apenas o caminho da tutela individual, é considerada como uma afronta ao acesso à ordem jurídica justa e ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV

78. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo Coletivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 76.

79. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo Coletivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 76.

80. “Como o processo coletivo tem como fonte o acesso à ordem jurídica justa, concepção atual do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), é compreensível a amplitude de objeto tutelado por essa espécie de processo”. In: NEVES, op. cit., p. 119.

81. Nesse sentido, Mazzilli: “Ou seja, é como se o governo dissesse assim: como a Constituição e as leis instituíram um sistema para a defesa coletiva de direitos, e como esse sistema pode ser usado contra o governo, então impeço o funcionamento do sistema para não ser acionado em ações coletivas, onde posso perder tudo de uma só vez. Sim, o fundamento é esse, pois, se, em vez da ação coletiva tiver de ser usada a ação individual, cada lesado terá de contratar individualmente um advogado para lutar em juízo. Em caso de danos dispersos na coletividade, isso só será bom para o causador do dano, nunca para os lesados, já que, na prática, a grande maioria dos lesados não buscará acesso individual à jurisdição, diante das enormes dificuldades práticas supervenientes (honorários de advogados, despesas processuais, demora, pequeno valor do dano individual, decisões contraditórias etc.). E é com isso que contam os governantes, que cobram ‘empréstimos compulsórios’ jamais devolvidos, criam contribuições ‘provisórias’ que se tornam definitivas; cobram impostos confiscatórios sobre salários; retêm arbitrariamente as devoluções de impostos cobrados a mais, negam devolução da correção monetária de que se apropriou o Estado nas contas do FGTS...”. In: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.

da CF). Insere no sistema, portanto, limitação indevida do que estabelece o texto constitucional, incorrendo em manifesta inconstitucionalidade material.⁸²

Segundo Daniel Amorim, resta claro que o objetivo é mesmo proteger o Poder Público, na medida que os tribunais superiores impedem ações coletivas cujas pretensões sejam a cobrança de tributos, mas as admitem “quando o objeto é a anulação de qualquer tipo de acordo de natureza tributária que gere danos ao Poder Público ou ainda a revogação de qualquer espécie de benefício fiscal ilegal, que se mostre lesivo ao erário”.⁸³

Ou seja, no caso de uma ação coletiva proposta em favor dos contribuintes, cujo resultado poderia causar grande dano aos cofres públicos em caso de derrota, seria certamente barrada pelo Judiciário. Por outro lado, numa mesma ação coletiva, cuja pretensão veiculada possa favorecer a Fazenda Pública (a análise da legalidade de concessão prejudicial de benefício fiscal que cause prejuízo ao erário, por exemplo), a tutela seria acolhida. Um tratamento, por certo, bastante anti-isonômico, uma vez que reserva aos contribuintes a via individual, enquanto o Poder público pode utilizar da tutela coletiva.

Ademais, os professores Sebastião Sérgio da Silveira e Ricardo dos Reis Silveira,⁸⁴ ao destacarem a importante mudança de paradigma na prestação jurisdicional ocorrida nos últimos anos, passando-se de um sistema essencialmente individual para um novo modelo, no qual a tutela coletiva passa a ganhar cada vez mais relevância, destacam as inequívocas vantagens que essa nova forma de prestação jurisdicional agrega ao sistema brasileiro, em especial no que diz respeito “a maior garantia de acesso à justiça, economia e celeridade processual, além do tratamento isonômico de todos os interessados”. No entanto, a despeito de reconhecerem os significativos avanços, verificam, outrossim, retrocessos injustificáveis. O maior desses retrocessos, segundo eles, talvez seja a relutância em se admitir a utilização da tutela coletiva em matéria tributária, uma vez que

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.⁸⁵

E complementam afirmando o seguinte:

82 Nery-Nery, Código, p. 1.435; Leonel, Manual, 5.2.5, p. 170-172; Assagra, Direito, 11.7.5, p. 575, *apud* NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo Coletivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 120.

83. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo Coletivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 120.

84. SILVEIRA, Sebastião Sérgio da; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. *Ação civil pública em matéria tributária, como instrumento de acesso à Justiça*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f00ca20f88ef7d8e>>. Acesso em: 14 jun. 2016. p. 1.

85. SILVEIRA, op. cit., p. 1.

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.⁸⁶

Nesse sentido, ainda, advogando pela inconstitucionalidade da citada vedação, o posicionamento do insigne Nelson Nery jr.:

Ainda que se entenda que a norma comentada apenas limitaria o pedido judicial, na verdade proíbe o ajuizamento de ação coletiva nos casos em que enumera. É flagrante a inconstitucionalidade, notadamente porque a norma é oriunda do Chefe do Poder Executivo Federal, que legisla em causa própria e proíbe que o Poder Judiciário examine pretensões coletivas contra atos dele, Poder Executivo. A proporcionalidade, a razoabilidade e a moralidade administrativa (CF 37 caput) são desrespeitadas pelo parágrafo incluído pela MedProv 2.1 80-35 6º.⁸⁷

Andréa Geraldine Cabral Walter, Procuradora da Fazenda Nacional, também defende a possibilidade de aplicação da ação civil pública em questões que envolvam a discussão de tributos. Para ela

A utilização dessa ação coletiva viabiliza a efetividade na prestação jurisdicional e incentiva a democracia participativa. De fato, a ação e o processo, vistos sob um prisma individual, já não mais alcançam soluções eficazes aos litígios de massa. O reconhecimento da existência de novos direitos, dentre eles os transindividuais, e a ascensão do pós-positivismo jurídico, que enaltece princípios como a força normativa da Constituição e a máxima efetividade dos direitos fundamentais, exigem que os seus titulares sejam dotados de procedimentos próprios e mais eficientes à tutela adequada desses interesses. Ademais, a tutela coletiva combate o engessamento do Judiciário e, conseqüentemente, a morosidade judicial, contribuindo para o efetivo acesso à justiça. Ainda, ao concentrar a discussão em uma única ação, evita que decisões contraditórias sejam proferidas sobre a mesma questão jurídica, violando o princípio da isonomia.⁸⁸

Como se vê, a ação coletiva tributária é o instrumento apto a defender judicialmente os contribuintes antes as ilegais investidas tributárias perpetradas pelo Estado. Não se justifica, desse modo, a proibição contida na LACP, frente a sua incompatibilidade com a Constituição Federal.

5.2 A ilegitimidade da atuação Ministério Público em sede de ação coletiva tributária: infração aos deveres institucionais e à autonomia do *Parquet*

86. SILVEIRA, Sebastião Sérgio da; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. *Ação civil pública em matéria tributária, como instrumento de acesso à Justiça*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f00ca20f88ef7d8e>>. Acesso em: 14 jun. 2016. p. 2.

87. NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. *apud* DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 4., p. 328.

88. WALTER, Andréa Geraldine Cabral. *O Controle Difuso de Constitucionalidade em Sede de Ação Civil Pública*. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-iii-numero-5-2013/f5.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2016. p. 116.

A Constituição da República estabelece que o Ministério Público “é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CF, art. 127, *caput*), prescrevendo, dentre suas funções institucionais, a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (CF, art. 129, III).

As atribuições, garantias e prerrogativas conferidas ao Ministério Público pela Carta Magna de 1988 e legislação infraconstitucional permitem inferir que o *Parquet* atualmente se configura como a principal instituição na defesa dos direitos transindividuais e individuais indisponíveis, utilizando-se, para tanto, os mais diversos instrumentos previstos no ordenamento jurídico, com destaque, dentre eles, para ação civil pública.

De acordo com Carlos Roberto de Castro Jatahy, para o Ministério Público, a ação civil pública é regida pelos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade. Isto é, a despeito do exercício do direito de ação ser facultativo para o particular, quando se trata do *Parquet* tal exercício passa a ser obrigatório, uma vez que, verificada quaisquer das lesões previstas no artigo 1º da Lei n. 7.347/85, restará configurada a existência dos requisitos estabelecidos em lei para a sua propositura, o que retiraria desse órgão qualquer discricionariedade no seu dever de agir, sendo obrigado, portanto, a intentar a referida medida.⁸⁹

A primordialidade do Ministério Público na tutela coletiva por meio de ação civil pública em muito se justifica por não ser função precípua dos legitimados concorrentes a defesa dos interesses da sociedade, da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Embora tanto os entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) quanto os administrativos (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista) tenham legitimidade para intentar ação coletiva com o objetivo de proteger os direitos previstos no art. 1º da LACP, o que mais se verifica na prática forense é a presença dessas entidades no polo passivo das ações coletivas, como violadoras de tais direitos, ou, não sendo essa a situação, acabam se limitando a defender em juízo apenas seus interesses ou aqueles que lhes são inerentes.

Dessa forma, por todo esse arcabouço jurídico-constitucional que envolve essa instituição, erigida a patamar tão elevado dentro do ordenamento jurídico brasileiro, é de se reconhecer que o Ministério Público é o órgão com a melhor estrutura e aptidão para tutelar

89. JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 376.

os interesses transindividuais por meio da ação civil pública, sendo, atualmente, de maneira irrepreensível, a instituição primordial na tutela coletiva no Brasil.

Todavia, o parágrafo único da Lei nº 7.347/85, introduzido pela MP nº 2.180-35/2001, estabelece uma indevida restrição a essa atuação institucional do órgão, eis que, a partir de sua entrada em vigor, passou a ser vedada a promoção da 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.

Sendo assim, como é função constitucional dessa entidade promover a ação civil pública para a defesa de interesses transindividuais, de forma a ficarem “constitucionalizados os aspectos da legitimação da adequação da via processual”, não poderia o legislador ordinário simplesmente restringir o uso das ações coletivas para a defesa de contribuintes, uma vez que a própria Carta Maior admite sua utilização. Ademais, “compete ao Poder Judiciário interpretar quais direitos e interesses estão inseridos nessa norma de encerramento”⁹⁰ (art. 129, III da CF).

Nessa linha, discutindo a possibilidade de cabimento de ação civil pública, proposta pelo Ministério Público, para defesa de interesses e direitos individuais homogêneos em matéria tributária (mais especificamente visando afastar a cobrança abusiva de taxa de iluminação pública), já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Primeira Turma. Segue trecho da decisão:

(...) os interesses individuais, *in casu* (suspensão do indevido pagamento de taxa de iluminação pública), embora pertinentes a pessoas naturais, se visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses coletivos da coletividade como um todo, impondo-se a proteção por via de um instrumento processual único e de eficácia imediata – a ação coletiva (RESP n. 49.272-6 – Decisão Unânime – DJU de 17/10/94, p. 27.868).

Em caso similar o Tribunal reafirmou seu posicionamento no sentido de permitir o uso da ação coletiva para tutelar direitos dos cidadãos-contribuintes:

(...) conforme disposto na Constituição de 1988, a atuação do Ministério Público foi ampliada para abranger a sua legitimidade, no sentido de promover ação civil pública para proteger interesses coletivos. Não há mais ambiente jurídico para se aplicar, em tal campo, a restrição imposta pelo art. 1º da Lei n. 7.347/85. Em se tratando de pretensão de uma coletividade que se insurge para não pagar taxa de iluminação pública, por entendê-la indevida, não há que se negar a legitimidade do Ministério Público para, por via de ação civil pública, atuar como sujeito ativo da demanda. Há situações em que, muito embora os interesses sejam pertinentes a pessoas identificadas, eles, contudo, pelas características de universalidade que

90. ALMEIDA, João Batista de. *Considerações acerca de duas décadas de alterações da Lei n. 7.347/85*. In: CARVALHO ROCHA, João Carlos de et al (Coord.). *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei n. 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 12.

possuem, atingindo a vários estamentos sociais, transcendem a esfera individual e passam a ser interesse da coletividade. O Direito Processual Civil moderno, ao agasalhar a ação civil pública, visou contribuir para o aceleramento da entrega da prestação jurisdicional, permitindo que, por via de uma só ação, muitos interesses de igual categoria sejam solucionados, pela atuação do Ministério Público (AGRESP n. 98.286 – Primeira Turma/STJ – DJU de 23/03/98, p. 17).

Cabe destacar, todavia, que as primeiras decisões monocráticas proferidas acerca do tema “não souberam reconhecer a importância do direito individual homogêneo, nem tampouco a nova dimensão social do direito processual, razão pela qual foram elas quase unânimes no sentido de negar legitimação ao *Parquet* para a propositura da ação coletiva”.⁹¹

É o que nos informa Humberto Dalla Bernardina de Pinho⁹² ao asseverar que

Toda a dificuldade surge da conjugação de uma legislação lacônica, fundada em conceitos jurídicos abertos ou indeterminados, aliada a uma postura tradicionalista de alguns membros do Poder Judiciário, que, infelizmente, e com todas as vênias, ainda não se mostram imbuídos de uma mentalidade apropriada à solução dos conflitos de massa, os quais demandam regras próprias, sendo inviável a aplicação das mesmas regras atinentes à jurisdição individual.

Nesse passo, percebe-se, não raras vezes, que os tribunais tentam aplicar a teoria geral do processo tradicional, construída para atender às demandas individuais, aos novíssimos conflitos sociais, que, certamente, não eram sequer imaginados pelos grandes mestres clássicos quando disciplinaram os institutos da legitimidade, competência, conexão, litispendência e coisa julgada, entre tantos outros.

E complementa:

Nessa linha de raciocínio, devemos dizer que, num primeiro momento, o Poder Judiciário se posicionou perante a questão numa postura extremamente conservadora, privilegiando uma interpretação técnico-jurídica, em detrimento da adoção de entendimentos mais modernos e afinados com o interesse da coletividade.⁹³

Atualmente, entretanto, o entendimento que prevalece nos tribunais superiores, tanto STF quanto STJ, é no sentido de negar legitimidade ao Ministério Público para ingressar em juízo quando o objeto da ação recair em quaisquer das vedações previstas no parágrafo único do art. 1º da LACP.⁹⁴ Argumentam que a legitimidade do Ministério Público é restrita à defesa de interesses sociais difusos e coletivos; além disso, não seria o *Parquet* legitimado para

91. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Individual Homogêneo e Legitimidade do Ministério Público: visão dos Tribunais Superiores*. Disponível em: <https://www.academia.edu/3232766/Direito_Individual_Homog%C3%Aaneo_e_Legitimidade_do_Minist%C3%A9rio_P%C3%BAblico_vis%C3%A3o_dos_Tribunais_Superiores>. Acesso em: 15 de mar. 2017.

92. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Individual Homogêneo e Legitimidade do Ministério Público: visão dos Tribunais Superiores*. Disponível em: <https://www.academia.edu/3232766/Direito_Individual_Homog%C3%Aaneo_e_Legitimidade_do_Minist%C3%A9rio_P%C3%BAblico_vis%C3%A3o_dos_Tribunais_Superiores>. Acesso em: 15 de mar. 2017.

93. PINHO, op. cit. p. 1.

94. Ver, no STF, os REs 206.781, 559.985, 248.191, 213.631; No STJ o REs nº 168.415-SP, rel. Min. Garcia Vieira^{1ª} T. j. em 8.6.1998; em outro tribunais: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2ª Câmara, RT-748/368-371; 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, 5ª Câmara Especial, JTACSP 155/142/145; 1º Tribunal de Alçada Civil, Apelação nº 686.044-2, 6ª Câmara Extraordinária "B", j. 11.11.97.

ajuizar ação em defesa de contribuintes por não serem estes considerados consumidores. Consoante se verá adiante, ambos os argumentos não merecem prosperar.

Indo além, é de se ressaltar que a limitação introduzida pela referida MP fere o art. 127, *caput*, da CF, tendo em vista que este dispositivo confere ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Viola, ainda, o §2º desse mesmo artigo, cuja redação confere autonomia funcional ao *Parquet*, uma vez que “a vontade do chefe do Poder Executivo está a anular referida autonomia”.⁹⁵ Evidencia-se, assim, mais uma inconstitucionalidade de caráter material do referido dispositivo.

Por fim, entende o insigne João Batista de Almeida que a referida proibição ofende ainda o inciso IX do art. 129 da Carta da República. Nas palavras do autor, tal dispositivo

(...) que inclui, entre as funções institucionais do Ministério Público, a de “exercer outras funções que lhe forem conferidas”, sendo certo que a LC n. 75, de 20.05.1993 (LOMPU), declarou competir ao Ministério Público “zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos ao sistema tributário, às limitações ao poder de tributar, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e dos direitos do contribuinte”. Visível, assim, a inconstitucionalidade material, por restringir o alcance do inciso IX do art. 129.⁹⁶

Irrepreensíveis, nessa senda, são as lições do Desembargador Federal Antônio de Souza Prudente, em artigo publicado na revista do Conselho da Justiça Federal, nº 9:

(...) Nesse contexto, o direito fundamental de acesso à Justiça, garantido, expressamente, pelo texto constitucional (CF, art. 5º, XXXV), assegura-nos, também, o direito à adequada tutela jurisdicional, por meio da ação civil pública, proposta pelo Ministério Público, em defesa dos princípios constitucionais tributários e dos interesses individuais homogêneos dos contribuintes, coletiva e socialmente considerados, na dispersão do ilícito tributário de origem legal comum, tal como ocorre com a cobrança abusiva da contribuição previdenciária do servidor público inativo e da CPMF.

(...) De ver-se, assim, que, em matéria tributária, os interesses individuais homogêneos, legalmente definidos, como aqueles decorrentes de origem comum, uma vez agredidos, coletivamente, em seu núcleo originário (hipótese de incidência tributária e conseqüente fato gerador, de natureza homogênea, a gerar obrigações tributárias e resultantes interesses individuais também homogêneos), sofrem, por força do impacto agressor, o fenômeno da atomização processual, em defesa de interesse coletivo e social, relevantes a legitimar a pronta atuação do Ministério Público, na linha de determinação institucional dos arts. 127, *caput* e 129, III, da Constituição da República, traduzidos nas disposições dos arts. 5º, II, a e 6º, incs. VII, a e d e XII, da Lei Complementar n. 75/93, mediante garantias instrumentais da ação civil pública, evitando, assim, a pulverização dos litígios, com o conseqüente acúmulo de feitos judiciais nos tribunais do País, nessa seara histórica de abusos tributários, onde o contribuinte, individualmente considerado, sem recursos e órfão da assistência judiciária do Estado, queda-se inerte e vitimado, sem qualquer defesa, ante a brutal arrogância do Fisco.⁹⁷

95. ALMEIDA, João Batista de. *Considerações acerca de duas décadas de alterações da Lei n. 7.347/85*. In: CARVALHO ROCHA, João Carlos de et al (Coord.). *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei n. 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 12-13.

96. ALMEIDA, op. cit. p. 13.

97. PRUDENTE, Antônio de Souza. *Legitimação constitucional do Ministério Público para ação civil pública em matéria tributária na defesa dos direitos individuais homogêneos*. Revista CEJ, v. 3, n. 9, set./dez. 1999. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/241/403>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

Já entendeu a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp. n. 478.944-SP, julgado em 02-09-03, de relatoria do Min. Luiz Fux, ter o Ministério Público legitimidade para a propositura de ação civil pública visando a defesa de contribuintes. Abaixo colaciona-se trecho da decisão:

Deveras, o Ministério Público, por força do art. 129, III, da CF/88, é legitimado a promover qualquer espécie de ação na defesa de direitos transindividuais, nestes incluídos os direitos dos contribuintes de Taxa de Limpeza Urbana, ainda que por Ação Civil Pública, cuja eficácia da decisão acerca do objeto mediato é *erga omnes* ou *ultra partes*. A soma dos interesses múltiplos dos contribuintes constitui o interesse transindividual, que possui dimensão coletiva, tornando-se público e indisponível, apto a legitimar o *Parquet* a velá-lo em juízo.

Sendo assim, a despeito das posições em sentido contrário, a única interpretação que deve prevalecer, nesse contexto, é aquela que emana do tecido constitucional e se mantém fiel e conforme a Constituição, de maneira a não frustrar a vocação institucional do Ministério Público, órgão “essencial à função jurisdicional do Estado, feito guardião da ordem jurídica, do regime democrático, do sistema tributário nacional e dos interesses individuais homogêneos, coletivos e sociais, no espaço tributário”.⁹⁸

5.3 A inconsistência dos fundamentos trazidos pela exposição de motivos da Medida Provisória n. 1.984-18/2000 – Mensagem n. 481/2000

Como visto, a redação atual do parágrafo único do art. 1º da Lei n. Lei 7.347/85 foi dada pela MedProv. n. 2.180-35/2001. No entanto, as limitações ali constantes começaram a ser introduzidas em 19 de junho do ano 2000, quando foi editada, pelo Poder Executivo federal, a MedProv. n. 1.984-18. Esse ato legislativo foi renovado inúmeras vezes, por outras Medidas Provisórias – editadas com a finalidade de manter o referido dispositivo em vigor até que fosse apreciado pelo Congresso Nacional –, chegando-se à atual redação, conferida pela de n. 2.180-35/2001 – a qual permanece vigente até hoje, em função do que estabelece o art. 2º da Emenda Constitucional n. 32/2001.

Para que possamos compreender como se deu essa consecutiva reedição de medidas provisórias e a relação disso com a exposição de motivos (que traz os fundamentos utilizados para justificar a modificação legislativa por meio desse ato normativo), é necessário esclarecer alguns pontos referentes ao contexto constitucional e processual legislativo pelo qual passava o Brasil naquele momento.

98. PRUDENTE, Antônio de Souza. *Legitimação constitucional do Ministério Público para ação civil pública em matéria tributária na defesa dos direitos individuais homogêneos*. Revista CEJ, v. 3, n. 9, set./dez. 1999. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/241/403>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

A redação original do art. 62 da Constituição Federal não estabelecia qualquer restrição quanto às matérias que poderiam ser objeto de medida provisória. Exigia, somente, os requisitos de relevância e urgência para sua edição.

Com efeito, era a seguinte a redação do dispositivo:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.

Desde o ano de 1997, entretanto, já tramitava no Congresso Nacional o Projeto de Emenda Constitucional (PEC) n. 472, que buscava modificar o supracitado art. 62 do Texto Magno, inserindo uma série de matérias que não poderiam mais ser tratadas por meio de medida provisória, reservando apenas à lei futuras modificações.

O referido projeto, no entanto, só foi aprovado 12 de setembro de 2001 (atual Emenda Constitucional n. 32/2001), poucos dias após começar a vigor a MedProv. n. 2.180-35/2001 (o que aconteceu em 24 de agosto do mesmo ano). Depois da Emenda, o texto constitucional passou a vedar expressamente a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a direito processual civil (CF, art. 62, §1º, I, *b*).

Percebe-se, dessa maneira, que a Constituição até então permitia a edição desse tipo de ato legislativo para dispor sobre matéria relativa a processo civil. Sendo assim, é forçoso reconhecer que todas as medidas anteriores à Emenda Constitucional n. 32/2001, pelo menos no que diz respeito à matéria, foram editadas em consonância com o que previa a legislação naquele momento. Ou seja, até então era possível tratar sobre Direito Processual Civil por meio dessa espécie legislativa.

Cabe, aqui, um esclarecimento: é importante destacar é que a MedProv. n. 2.180-35/2001 permanece em vigor, uma vez que ainda não foi apreciada pelo Congresso Nacional. Isso se dá em razão da previsão contida no art. 2º da EC n. 32/2001, o qual estabelece que as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação dessa emenda continuam em vigor até que uma ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional. Como não houve edição de medida provisória ulterior tratando da matéria, eis que vedada expressamente pelo art. 62, §1º, I, *b* da Constituição, nem deliberação definitiva do Congresso, ainda hoje existe em nosso ordenamento jurídico absurda limitação a direitos fundamentais perpetrada por meio de instrumento legislativo precário, utilizado para a defesa de interesses do próprio Executivo federal.

Dando continuidade, verifica-se que apesar de a referida alteração só ter se efetivado em 2001, com a Emenda n. 32, o Supremo Tribunal Federal, em 1998, já havia se posicionado a respeito da possibilidade de utilização de Medida Provisória tendo como objeto lei processual. Numa primeiro instante, em decisão que teve como relator o Min. Sepúlveda Pertence, asseverou a Suprema Corte não ser tal instrumento legal via idônea para alteração de norma processual⁹⁹. Noutro julgado, agora do ano de 2004 (posterior à Emenda, portanto), de relatoria do mesmo magistrado, o E. Tribunal se posicionou em sentido contrário, admitindo a possibilidade “da utilização de medidas provisórias para alterar a disciplina legal do processo”.¹⁰⁰

Contudo, ao se pronunciar novamente sobre a matéria, a Corte Suprema retomou o entendimento inicial. Entendeu, no julgado, que tanto a criação quanto a alteração de norma processual devem ser feitas por meio de lei em sentido formal e material, não sendo possível, portanto a utilização de medida provisória para tanto, uma vez que o princípio do devido processo legal exige que assim o seja. Vejamos:

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.¹⁰¹

Indo além, não obstante os vícios já apresentados, há de se ter em conta que alguns juristas sustentam ainda que a referida Medida Provisória também viola o art. 62 da Lei Maior, por não respeitar os requisitos de relevância e urgência da matéria que justificou sua edição, trazidos por esse dispositivo legal.

Nesse sentido, cita-se o posicionamento dos professores Sebastião Sérgio da silveira e Ricardo dos Reis Silveira:

99. S.T.F., ADI/MC n. 1.753/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 12.06.1998.

100. S.T.F., ADI/MC n. 1.910/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 22.04.2004.

101. ADI 2.736, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 8-9-2010, Plenário, DJE de 29-3-2011. No mesmo sentido o RE 581.160, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 20-6-2012, Plenário, DJE de 23-8-2012, com repercussão geral reconhecida: ‘EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CONSTITUCIONAL. ART. 9º DA MP 2.164-41/2001. INTRODUÇÃO DO ART. 29-C NA LEI 8.036/1990. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA. AÇÕES ENVOLVENDO O FGTS E TITULARES DE CONTAS VINCULADAS. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA NA ADI 2.736/DF. RECURSO PROVIDO. I – O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.736/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, declarou a inconstitucionalidade do art. 9º da MP 2.164-41/2001, na parte em que introduziu o art. 29-C na lei 8.036/1990, que vedava a condenação em honorários advocatícios “nas ações entre o FGTS e os titulares de contas vinculadas, bem como naquelas em que figuram os respectivos representantes ou substitutos processuais”. II – Os mesmos argumentos devem ser aplicados à solução do litígio de que trata o presente recurso. III – Recurso extraordinário conhecido e provido’.

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.¹⁰²

Apesar de haver decisões dos tribunais pátrios negando ao Poder Judiciário a possibilidade de controlar os requisitos da relevância e urgência para a edição de medidas provisórias, o entendimento atual é no sentido de admitir tal possibilidade. Ilustrativamente, veja-se trecho de acórdão do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do eminente Min. Celso de Mello:

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.

(...) 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).¹⁰³

Com efeito, compete ao Poder Judiciário, no desempenho das incumbências constitucionais e legais que lhes foram conferidas, controlar os excessos porventura cometidos pelo Executivo. Esse controle por certo se estende quando do exercício, pelo chefe do Poder Executivo, de sua competência extraordinária para editar medidas provisórias.

Além de ser reeditada várias vezes – desde a primeira, de n. 1.984-18/2000, até a última, 2.180-35/2001 –, a medida em questão ainda não foi apreciada pelas casas legislativas federais. Tais fatos evidenciam a flagrante ausência dos pressupostos Constitucionais previstos nos art. 62 da Carta Magna, explicitando o não cumprimento do devido processo legislativo para a elaboração da norma, o que a faz incorrer em vício formal de inconstitucionalidade. Percebe-se, portanto, mais um dos motivos pelos quais a introdução do parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil pública padece de notória discrepância com a ordem jurídica constitucional.

É de se ressaltar, nessa trilha, que a Mensagem n. 481/2000, do Presidente da república, que encaminhou a Medida Provisória n. 1.984-18 ao Congresso Nacional, fez referência, em todo o seu texto, apenas ao requisito da relevância, nada tendo dito a respeito

102. SILVEIRA, Sebastião Sérgio da; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. *Ação civil pública em matéria tributária, como instrumento de acesso à Justiça*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f00ca20f88ef7d8e>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

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

da urgência da matéria nela veiculada.¹⁰⁴ Isso só corrobora o fato de que não houve qualquer preocupação com o requisito *urgência* previsto no art. 62 da Constituição, o qual deve ser verificado cumulativamente com o anterior. Isso só ratifica a tese a respeito da inconstitucionalidade do dispositivo em referência.

Apesar de não ter feito qualquer menção à urgência da matéria, a Mensagem n. 481 trouxe alguns fundamentos para tentar justificar a inclusão do referido dispositivo na Lei da Ação Civil Pública. O primeiro deles foi no sentido de que, apesar de a LACP discriminar as hipóteses em que “a ação civil pública é cabível, entre elas para a proteção de interesses difusos ou coletivos, tem ocorrido, muitas vezes, propositura de ações envolvendo interesses que não se caracterizam como difusos ou coletivos”.

Conforme se verá adiante, com a edição do Código de Defesa do Consumidor e a inclusão, pelo art. 117 desse diploma normativo, do art. 21 na Lei n. 7.347/85, passou a ser pacífico o entendimento de que não apenas os direitos difusos e coletivos, mas também os individuais homogêneos podem ser objeto de ação civil pública. Nota-se, dessa forma, o completo descabimento desse primeiro fundamento.

Nessa linha, defendendo a inconstitucionalidade da Medida Provisória em questão e a possibilidade de defesa de direitos individuais homogêneos por meio da via coletiva, Caio Márcio Loureiro nos ensina que:

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 proteger por meio desta ação, ser interesse dessa natureza. Ademais, reitera-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.¹⁰⁵

Ademais, tenta-se sustentar ainda que “em numerosas hipóteses os juízes não extinguem, de pronto, o processo, por ilegitimidade do Ministério Público (...), circunstância que traz incontáveis inconvenientes às Fazendas Públicas, pelo universo de interessados abrangidos pelas ações”, uma vez que seriam identificáveis as pessoas que o compõem.

Como visto no tópico anterior, a despeito de atualmente os tribunais não reconhecerem a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ações coletivas que tenham como objeto as matérias constantes do parágrafo único do art. 1º da LACP, grande parte da doutrina entende ser essa instituição legítima à propositura de tais ações, eis que essa tarefa está entre

104. Mensagem n. 481, de 2000-CN, *Diário do Congresso Nacional*, de 26/6/2000, p. 15829.

105. LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação Civil Pública e o Acesso à Justiça*. 1. ed. São Paulo: Editora Método, 2004, pp. 159/160.

suas funções institucionais, conferidas pela própria Constituição Federal. Assim, não poderia um ato precário do cunho de uma Medida Provisória restringir tal garantia constitucional.

Vê-se, pois, que a intenção do Executivo com a edição dessas Medidas foi a de se resguardar de eventuais pretensões direcionadas contra si. Assim, se valeu desse ato precário para amparar interesses pessoais dele – Executivo –, suplantando importantes garantias constitucionais.¹⁰⁶

Demais disso, não podemos olvidar que o surgimento da Lei da Ação Civil Pública se deu num contexto em que o Brasil experimentava profundas transformações políticas. Depois de mais de duas décadas sob o comando dos militares, voltava-se ao regime democrático, o que conferiu liberdade suficiente ao legislador para confeccionar normas de cunho democratizante, preocupadas com questões de relevante interesse social.

Isso se acentuou, sobretudo, com o advento da Carta Magna de 1988, a chamada constituição cidadã, que positivou no ordenamento jurídico brasileiro inúmeras normas direcionadas à participação social.

Diante de toda essa conjuntura, depreende-se que não há como dissociar o advento da Lei da Ação Civil Pública – a qual constitui marco evolutivo em termos legislativos da tutela coletiva no Brasil, sendo umas das principais leis nesse sentido – da realidade política e social da época, bem como dos valores que ensejaram sua elaboração.

Conclui-se daí, portanto, que o objetivo do legislador, na feitura da norma, não era o de restringir seu alcance, muito menos o de vedar a propositura de demandas coletivas em determinadas situações. Foi justamente o contrário: pretendeu-se dar primazia às demandas coletivas, como alternativa às numerosas demandas individuais que assoberbam o Judiciário, por ser aquela instrumento mais adequado a defender os interesses da coletividade, proporcionando, sobretudo, celeridade, economia processual e efetivação dos direitos coletivos.

5.4 A ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade: uma colocação indevida

Um dos argumentos dos quais se valem aqueles que entendem não ofender a ordem constitucional vigente a limitação introduzida no parágrafo único da LACP pela MP nº 2.180-

106. É o que se pode notar no seguinte trecho da exposição de motivos da MP 1984-18/2000: Não obstante, em numerosas hipóteses os juízes não extinguem, de pronto, o processo, por ilegitimidade do Ministério Público ou da associação autora (art. 267. VI, do CPC), circunstância que traz incontáveis inconvenientes às Fazendas Públicas, pelo universo de interessados abrangidos pelas ações, não obstante plenamente identificáveis as pessoas que o compõem. (grifei)

35/2001 é o de que seria indevida a utilização da ação civil pública em matéria tributária, questionando a constitucionalidade de determinado tributo, uma vez que usurparia a competência do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Ora, não se está a falar, aqui, em controle concentrado de constitucionalidade, mas, sim, difuso. Caso o pedido principal da ação civil pública fosse a declaração da inconstitucionalidade de determinado dispositivo legal tributário, a tese aventada quanto à usurpação de competência seria verdadeira. No entanto, o que se pretende, nesse caso, é a declaração incidental de inconstitucionalidade por meio da ação coletiva, de modo que o pedido relativo à questão principal seja deferido em função dessa inconstitucionalidade prejudicial.

Nesse sentido, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp. n. 478.944-SP, julgado em 02-09-03, de relatoria do Min. Luiz Fux, admitiu o cabimento, em tese, da ação civil pública para a defesa de interesses de contribuintes, desde que, obviamente, não seja ela utilizada como indevido sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade. Segue, abaixo, a ementa do julgado:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. TAXA DE LIMPEZA URBANA – DIREITOS DE CONTRIBUINTES.

1. É lícita a arguição incidental de inconstitucionalidade de norma tributária em sede de Ação Civil Pública, porquanto nesses casos a questão da ofensa à Carta Federal tem natureza de “prejudicial”, sobre a qual não repousa o manto da coisa julgada. Precedente do E. STF..¹⁰⁷

Comprova-se essa questão pela simples análise dos elementos da ação. Mais precisamente, de um deles, a causa de pedir.

Fazem parte dos elementos identificadores da ação *as partes, a causa de pedir e o pedido*. *Causa de pedir* são os fundamentos de fato (causa de pedir remota) e de direito (causa de pedir próxima) em que se baseiam a ação. “*Causa de pedir próxima* são os fundamentos jurídicos do pedido (o direito em que se baseia o pedido do autor), e *causa de pedir remota* são seus fundamentos de fato (a violação do direito)”.¹⁰⁸

Sendo assim, não há impedimento ao questionamento da inconstitucionalidade de tributo mediante ação coletiva, desde que essa inconstitucionalidade seja aventada na causa de pedir remota, isto é, de forma prejudicial, não se configurando como o pedido principal da ação. Vejamos a respeito o que preleciona Hugo Nigro Mazzilli:

107. A 2ª Turma também já decidiu nessa linha no REsp. n. 175.222-SP, STJ, v.u., j. 19-03-02, rel. Min. Franciulli Neto, RT, 806:133.

108. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 133-134.

Ora, é possível que tanto numa ação civil pública como numa ação direta de inconstitucionalidade a causa de pedir remota seja a mesma. Entretanto, essas ações não se confundem: nesta última (onde se busca o controle concentrado de constitucionalidade), o pedido visa a suprimir a eficácia da lei em todo o território nacional, enquanto na primeira o pedido visa à tutela de interesses transindividuais de um grupo, classe ou categoria de pessoas.¹⁰⁹

Nesse sentido também são os esclarecedores ensinamentos de Uadi Lammêgo Bulos, para o qual o controle incidental de constitucionalidade pode efetivar-se, sem nenhum empecilho, via ação civil pública, desde que, é claro, não seja usado como substituto da exegese concentrada:

O controle difuso de constitucionalidade pode efetivar-se por meio da ação civil pública, disciplinada pela lei n. 7.347/85.

(...)

Nesse ínterim, juízes e tribunais, na via de defesa, podem analisar ações civis públicas que questionem a constitucionalidade de leis ou atos normativos federais, municipais ou distritais.

Tais considerações derivam do entendimento de que, no caso concreto, num litígio envolvendo partes, é possível o juiz ou o tribunal declarar a inconstitucionalidade da lei, a fim de resolver a questão prejudicial.

Como a ação civil pública, quando intentada no caso concreto, só surte efeitos entre as partes, nada obsta que seja utilizada como sucedâneo do controle difuso, para fins de defender, tão somente, direitos subjetivos dos interessados, no curso de uma questão prejudicial, supostamente contrária à Carta Maior.

Mas veja-se bem: o controle difuso em sede de ação civil pública somente surte efeito entre as partes. Do contrário, restaria usurpada a competência do Supremo Tribunal Federal – única Corte responsável pela exegese concentrada da Constituição de 1988 (STF, Recl. 633-6/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ, 1, de 23-9-1996, p. 34945).¹¹⁰

Sabe-se que numa ação civil qualquer (exceto na ação direta de inconstitucionalidade), o controle de constitucionalidade é feito *in concreto*, caso a caso. Portanto, a inconstitucionalidade da lei continua a ser o fundamento jurídico do pedido, ou seja, a causa de pedir remota, mas a declaração judicial, de regra, ficará limitada às partes da demanda (exceto em algumas ações coletivas, a exemplo das ações populares e das ações civis públicas ou coletivas, cuja imutabilidade do *decisum* pode ultrapassar as partes formais do processo).¹¹¹

Sendo assim, não há falar em usurpação de competência quando da utilização da ação civil pública questionando a constitucionalidade de tributo, uma vez que o controle incidental¹¹² é garantia fundamental (CF, art. 5º, XXXV), o qual “outorga aos juízes e

109. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140.

110. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 207.

111. MAZZILLI, op. cit., pp. 133-134.

112. Conforme ressaltam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Branco, “o controle de constitucionalidade difuso, concreto, ou incidental, caracteriza-se, fundamentalmente, também no Direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário. ‘É mister – diz Lúcio Bittencourt – que se trate de uma controvérsia real, decorrente de uma situação jurídica objetiva’”. *In Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1108.

tribunais o poder de afastar a aplicação da lei *in concreto* (CF de 1988, arts. 97, 102, III, *a a d*, e 105, II, *a e b*)”¹¹³. A utilização de tal instituto, pois, não necessariamente implica, por via oblíqua, indevido sucedâneo ao controle concentrado de constitucionalidade.¹¹⁴

5.5 A incorreta visão segundo a qual não poderia a relação Estado/contribuinte ser discutida mediante ação coletiva por não se caracterizar como de relação consumo

Como dito, a Carta Magna de 1988 assegura expressamente o direito ao acesso coletivo à jurisdição. Apesar disso, entendem alguns não ser possível a tutela de contribuintes por meio de ação civil pública ou coletiva, em virtude, dentre outros motivos, pelo fato de não serem as lesões daí decorrentes ligadas a questões que envolvam consumidores.

Ocorre que, após a integração da LACP e do CDC, o sistema de tutela coletiva passou a abranger a defesa de quaisquer interesses transindividuais, e não apenas aqueles ligados à relação de consumo.¹¹⁵

O objeto da ação civil pública é bastante amplo. A Lei n.º 7.345, de 24 de julho de 1985, que disciplina sua aplicação, estabelece, em seu art. 1º, que se regem por ela, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico, e a quaisquer outros interesses difusos ou coletivos.

Numa leitura apressada de tal dispositivo (art. 1º da LACP), poderiam pensar alguns que a ação civil pública estaria adstrita apenas aos temas nele mencionados, de forma a não abarcar os direitos individuais homogêneos. Isso poderia acontecer porque, ao contrário do CDC, a Lei da Ação Civil Pública só faz menção direta à defesa de interesses difusos e coletivos; não há referência, em todo o seu texto, aos interesses individuais homogêneos.

No entanto, há de se ter em conta que a Lei n.º 8.625, de 1993, em seu art. 25, IV, a, incumbe ao Ministério Público a competência de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao

113. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1106.

114. Bulos ainda assevera o seguinte: “Esse, aliás, é o entendimento do Pretório Excelso, para o qual inexistiu empecilho em declarar a inconstitucionalidade no caso litigioso, mediante ação civil pública, de leis ou atos normativos, desde quando a ação for “ajuizada entre as partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo reclamado em sede de controle *in abstracto* de ato normativo (STF, Recl. 602-6/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 3-9-1997)”. In: *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 207-208.

115. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 712.

consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos.¹¹⁶

Tal dispositivo – art. 25, IV, a – deve ser interpretado em consonância com as Leis n.º 7.345/85 e 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Ademais, a Lei 8.078/90, ao instituir a proteção, via ação coletiva, dos interesses e direitos individuais homogêneos, não o fez apenas no que diz respeito àqueles relativos ao consumidor, mas a todos e quaisquer interesses e direitos que possam ser qualificados como individuais homogêneos, conforme apregoa o inc. III do artigo 81 do referido diploma legal. E é assim porque o art. 21 da LACP, introduzido pelo art. 117 da CDC, determina que se aplique a parte processual do Código Consumerista à defesa de todo e qualquer direito coletivo *lato sensu* (incluindo, por certo, os individuais homogêneos).¹¹⁷

Sabe-se que o direito subjetivo de um contribuinte de não pagar certo tributo não pode ser considerado interesse difuso ou coletivo. Prescreve o art. 81, parágrafo único, incisos I, II e III da Lei n.º 8.078/90, que interesses ou direitos difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; interesses ou direitos coletivos, por seu turno, são os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; os interesses ou direitos individuais homogêneos, enfim, são aqueles decorrentes de origem comum.

Observa-se, contudo, que ao instituir determinado tributo, o Poder Público o faz de forma abstrata, geral, de maneira que incida sobre um número indeterminado de pessoas. Sendo assim, após a instituição do tributo, todos aqueles que praticarem seu fato gerador incorrerão numa obrigação tributária cujo sujeito passivo é o Estado.

116. Apesar de a questão ainda não ser pacífica na jurisprudência, há posicionamentos de nossos tribunais superiores no sentido de conferir legitimidade ao Ministério Público para tutelar direitos individuais homogêneos por meio de ação coletiva. Nesse sentido, confira-se trecho de decisão unânime do Supremo Tribunal Federal, a qual considerou os direitos individuais homogêneos como subespécies de interesses coletivos e que, por esse motivo, teria o *parquet* legitimidade para tutelá-los: “Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos”. (RE 163231, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ. 29/6/2001).

117. Podemos destacar, nessa linha de entendimento, Marcelo Abelha Rodrigues: “Como já foi dito anteriormente, o fato de tal dispositivo estar topograficamente inserido no Título III do Código de Defesa do Consumidor não elide a sua aplicabilidade a todo e qualquer direito coletivo *lato sensu* do ordenamento jurídico brasileiro, seja ele de natureza comercial, trabalhista, civil, etc. A imperatividade dessa afirmação decorre de regra claríssima prevista no art. 117 deste mesmo diploma, que não permite outro entendimento”. RODRIGUES, *Ação Civil Pública*. In: DIDIER JR., Fredie. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 347/348.

Se, por um lado, o interesse de apenas um contribuinte não pode ser considerado difuso ou coletivo, “A somatória dos direitos dos contribuintes ao não-pagamento de certo tributo – caso, por exemplo, dos habitantes de um município, relativamente ao IPTU – constitui, sem dúvida, direitos individuais homogêneos”.¹¹⁸ Se são classificados como individuais homogêneos os direitos dos contribuintes quando lesionados coletivamente, por certo podem ser defendidos por meio de ação coletiva.

Contudo, em interpretação menos avisada, surgem posicionamentos segundo os quais a defesa de interesse individuais homogêneos por meio de ação civil pública só poderia ser feita em favor de grupos de consumidores, uma vez que o Código Consumerista é que prevê a defesa coletiva de consumidores, e não a LACP.

É o que entende, por exemplo, o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Mário da Silva Veloso:

Os direitos individuais homogêneos, repito, podem ser protegidos pela ação civil pública, presente a regra do art. 117 do Código do Consumidor. Todavia, assim ocorrerá quando os titulares estiverem na condição de consumidores. É dizer, os direitos individuais homogêneos somente poderão ser tutelados mediante ação civil pública quando o direito tenha relação direta com o consumidor.¹¹⁹

Esse pensamento, segundo Mazzilli, é de todo equivocado. Ao passo que a LACP e o CDC “se integram no tocante à defesa coletiva de interesses transindividuais, também os interesses individuais homogêneos estão alcançados pela proteção da ação civil pública da Lei n.º 7.345/85, estejam ou não relacionados com a defesa de grupos de consumidores”.¹²⁰

Nota-se, dessa maneira, que o objeto da lei são os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, que reúnem grupos, classes ou categorias de pessoas, uma vez que cuida da defesa coletiva de interesses transindividuais. Dessa forma, apesar de a LACP ter previsto o cabimento da ação por danos causados ao consumidor (art. 1º, II), tem-se que, para fins de tutela coletiva de tais interesses, não quer a lei se referir à defesa do consumidor considerado do ponto de vista meramente individual. O que se pretende resguardar, nesse ponto, é a coletividade.¹²¹

Sendo assim, nas palavras de Mazzilli,¹²² isso significa que, por meio de ação civil pública, podem ser defendidos “quaisquer grupos, classes ou categorias de pessoas

118. 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 (Coord.). *Aspectos polêmicos da ação civil pública*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 121.

119. VELLOSO, op. cit., p. 121.

120. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130.

121. MAZZILLI, op. cit., p. 131.

122. MAZZILLI, op. cit., p. 131.

determinadas, indeterminadas ou até indetermináveis, desde que estejam reunidas por circunstâncias de fato comuns ou pela mesma relação jurídica básica”. Ainda segundo o autor, esse raciocínio é reforçado quando se observa que a lei estabelece expressamente a possibilidade de se fazer uso da ação civil para a defesa de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, “o que evidencia estar toda ela sempre a cuidar da defesa judicial de interesses transindividuais”, inclusive aqueles relativos a contribuintes.¹²³

Percebe-se, dessa forma, que o liame estabelecido entre essas duas legislações (CDC e LACP – que, na verdade, fazem parte do todo denominado microsistema de tutela coletiva) afasta o entendimento segundo o qual não seria possível a defesa de direitos individuais homogêneos via ação civil pública em virtude do seu não enquadramento como direito consumerista. Como dito, todos e quaisquer interesses e direitos que possam ser enquadrados como individuais homogêneos, independentemente de fazer parte ou não de relação de consumo, podem ser tutelados via ação coletiva.

Nessa mesma linha, Humberto Dalla Bernardina de Pinho¹²⁴ reconhece que a existência de direitos individuais homogêneos em matéria tributária tem gerado inúmeras controvérsias jurisprudenciais, o que tem contribuído para a proliferação, inclusive, de decisões contraditórias. Isso tem ocorrido, de certa forma, pela dificuldade em se conceber a existência concomitante de um direito individual homogêneo e de uma relação de natureza tributária, dificuldade essa acentuada em razão de o próprio legislador constitucional, de um lado, ter trazido para o corpo da Carta o Sistema Tributário Nacional, e, de outro, ter conferido ao Ministério Público a incumbência de garantir os interesses sociais, não discriminando ou excluindo dessa tarefa qualquer deles. Além disso, parece haver, ainda, quem entenda que a relação tributária exclui a relação de consumo.

Segundo ele, nenhuma dessas premissas é correta, haja vista não haver qualquer óbice legal ou mesmo lógico que impeça a existência de um direito individual homogêneo que ao mesmo tempo reflita uma relação de consumo e uma relação tributária, “uma vez que o Código do Consumidor utiliza linguagem e terminologia extremamente abrangentes e de cunho claramente protetivo ao cidadão comum e à coletividade”. Pelo contrário: o CDC, combinado com a LACP e as Leis Ordinárias do Ministério Público, “conferem claramente ao *Parquet* a legitimidade para a tutela desses direitos”. Sendo assim, o que se percebe neste

123. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 131.

124. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Individual Homogêneo e Legitimidade do Ministério Público: visão dos Tribunais Superiores*. Disponível em: <https://www.academia.edu/3232766/Direito_Individual_Homog%C3%Aaneo_e_Legitimidade_do_Minist%C3%A9rio_P%C3%BAblico_vis%C3%A3o_dos_Tribunais_Superiores>. Acesso em: 15 de mar. 2017.

caso, portanto, é que não há falar em ausência de norma regulamentadora, “mas sim da interpretação restritiva e conservadora que vem sendo aplicada a esses diplomas legais, impedindo-se, destarte, a efetivação da plenitude dos interesses da coletividade”.¹²⁵

5.6 A questionável disponibilidade dos direitos individuais homogêneos dos contribuintes

Existem, ainda, aqueles que advogam a tese de que os direitos individuais homogêneos dos contribuintes teriam natureza patrimonial, disponível, não sendo possível, por isso, tutelá-los por meio de ação coletiva.

Certamente esse argumento não se sustenta. E os motivos para isso são vários. Vejamos.

Em primeiro lugar, porque a causa coletiva que porventura veicule pretensão no sentido de impugnar incidentalmente a inconstitucionalidade, a ilegalidade ou o abuso de poder na tributação, possui, sem dúvida, um interesse social relevante, razão pela qual é forçoso reconhecer a indisponibilidade dos direitos por ela transportados.

Sobre esse ponto, límpidas são as lições de Humberto Dalla Bernardina de Pinho:

(...) põe-se em exame aqui também a indagação acerca do caráter disponível do direito em jogo, por se tratar de matéria tributária. Parece-nos, contudo, que tal disponibilidade só existe se for concebida individualmente, o que não se coaduna com a ação coletiva, onde é sempre priorizado o impacto social do fato jurídico que dá azo ao ajuizamento da ação coletiva. Nesse passo, um direito individual que até pode ser disponível, se considerado nos estritos limites daquela pessoa, passa a ostentar o caráter de indisponibilidade, dado o seu alcance social. E mesmo que haja dúvida acerca da configuração de tal indisponibilidade, dada a carência de elementos em nosso ordenamento para tal caracterização, deve ser sempre utilizada a interpretação mais benéfica do ponto de vista de acesso à justiça para a coletividade, sob pena de se criar uma área de sombra nessa garantia constitucional.¹²⁶

Em segundo lugar, cabe destacar, de forma comparativa, o que acontece com os direitos individuais homogêneos dos consumidores. Pois bem: sob o viés estritamente individual, os direitos consumeristas possuem um aspecto eminentemente patrimonial e, portanto, podem ser caracterizados como disponíveis. Uma lesão a direito individual de determinado indivíduo, originada de uma relação de consumo, em geral atinge sua seara patrimonial, o que implica, diretamente, lesão ao patrimônio disponível desse consumidor. No entanto, quando a lesão atinge uma massa de consumidores, esses direitos, apesar de ainda

125. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Individual Homogêneo e Legitimidade do Ministério Público: visão dos Tribunais Superiores*. Disponível em: <https://www.academia.edu/3232766/Direito_Individual_Homog%C3%Aaneo_e_Legitimidade_do_Minist%C3%A9rio_P%C3%BAblico_vis%C3%A3o_dos_Tribunais_Superiores>. Acesso em: 15 de mar. 2017.

126. PINHO, op. cit., p. 1.

disponíveis, revestem-se de certa sociabilidade, tanto é que a própria Constituição Federal previu a criação de mecanismos processuais de tutela coletiva quando a lesão atingir uma massa de indivíduos homoganeamente considerados, garantindo meios de tutelar tais direitos e a evitação de graves prejuízos sociais e econômicos.

O mesmo raciocínio pode ser empregado nas ações coletivas que visem a tutelar direitos individuais homogêneos de contribuintes. Nas ações individuais tributárias, o direito a ser tutelado apresenta cunho notadamente patrimonial, o que o torna, nesse tipo de ação, disponível. Todavia, quando se está a falar de lesões tributárias que atinjam homoganeamente uma coletividade de indivíduos, por si só já estaria caracterizada a relevância social e econômica do dano, razão que legitima a instituição de um tratamento diferenciado para a questão, que se daria por meio dos instrumentos de tutela coletiva.

Isso se justifica ainda mais pelo fato de o art. 81, III, do código de Defesa do Consumidor não fazer alusão à necessidade de se verificar, caso a caso, acerca da existência de relevante interesse social e indisponibilidade dos direitos ora sob análise. Isso porque, quando se trata de direitos individuais homogêneos, essas características já são visualizadas de plano, por serem da própria natureza dos direitos envolvidos.

Colaciona-se, nesse sentido, trecho do voto proferido pela Min. Nancy Andrigh, do Superior Tribunal de Justiça, no REsp. n. 910.192/MG, julgado em 02.02.2010, o qual confirma essa desnecessidade de se investigar, em cada situação em concreto, a relevância social a justificar a tutela via ação coletiva, bastando, assim, a demonstração de que se trata de direito de natureza transindividual.

É desnecessário investigar, em cada caso, a relevância social a justificar a atuação do Ministério Público, bastando a demonstração de que se trata de direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. Não se pode relegar a tutela de todos os direitos a instrumentos processuais individuais, sob pena de excluir do Estado e da Democracia aqueles cidadãos que mais merecem sua proteção, ou seja, uma multidão de desinformados que possuem direitos cuja tutela torna-se economicamente inviável sob a ótica do processo individual. Assim, assegurar direitos e viabilizar sua tutela é interesse do Estado Democrático de Direito e de todos os seus órgãos. Há relevância social no trato coletivo de interesses individuais homogêneos, ainda que disponíveis, e o Ministério Público é agente legítimo para tanto.

Por todo o exposto, percebe-se que não merece prosperar a tese segundo a qual os direitos individuais homogêneos dos contribuintes seriam disponíveis e, por isso, não poderiam ser tutelados via ação coletiva.

8 CONCLUSÃO

Presenciamos nos últimos anos uma verdadeira mudança de paradigma na prestação jurisdicional. O modelo essencialmente individualista que vem nos acompanhando ao longo da história aos poucos vai dando espaço a um novo, no qual a tutela coletiva começa a ganhar relevância.

Como visto, já na Roma antiga havia instrumentos que possibilitavam aos cidadãos romanos a defesa da coisa pública, os quais são considerados por muitos como os embriões das modernas ações coletivas. A *action romana* era o instrumento utilizado pelos romanos para defender a *res publicae*.

Na Inglaterra Moderna constatou-se que o processamento individual das demandas de massa não a maneira mais eficiente para a resolução dessas contendas, razão pela qual buscou-se criar instrumentos processuais coletivos para o tratamento dessas causas.

Isso foi o que também percebeu o magistrado norte-americano *Joseph Story*, um dos precursores da tutela coletiva naquele país. Em 1836 publicou a obra *Commentaries on Equity Jurisprudence*, apontando com precisão a importância das demandas coletivas e a necessidade de lhes conferir tratamento processual distinto daquele previsto para as ações individuais. Já naquela época sustentava o eminente jurista que as ações coletivas (*class actions*) imprimiriam mais eficiência à tutela de direitos coletivos, os quais, se processados pela via individual, dificilmente conseguiriam ser protegidos.

Do mesmo modo, os juristas italianos, percebendo o desenvolvimento dessa nova forma de tutela no direito estadunidense, começaram a estudá-la e a desenvolver, em seu país, mecanismos semelhantes.

Tanto os trabalhos norte-americanos quanto os italianos acerca do tema influenciaram fortemente a doutrina processualista brasileira, de forma a fazer surgir aqui institutos que buscaram proteger os interesses transindividuais, tornando o Brasil referência no assunto a nível mundial.

Apesar de todo esse destaque, a tutela coletiva brasileira experimentou nos últimos anos alguns retrocessos injustificáveis. Talvez o maior deles tenha sido a vedação à tutela coletiva inserida no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85.

Como visto, por todos os fundamentos apresentados, essa vedação é flagrantemente inconstitucional.

Em um primeiro momento, porque fere as garantias constitucionais de acesso à justiça e do direito à tutela efetiva e adequada.

A ordem constitucional brasileira assegura, de forma expressa, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF/88, art. 5º, XXXV). Tem-se nesse ponto, de forma clara e inequívoca, a consagração da tutela judicial efetiva, que garante a proteção judicial contra lesão ou ameaça a direito, consubstanciando o que a doutrina costuma chamar de *princípio da inafastabilidade da jurisdição*. Ao lado dessa garantia geral, a Constituição consagra expressamente importantes garantias especiais, dentre elas a ação civil pública. Resta claro, dessa forma, que o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85, ao proibir a tutela coletiva quando esta tiver por objeto alguma das matérias nele ventiladas, incorre em flagrante inconstitucionalidade.

Ademais, a inconstitucionalidade é ressaltada ainda pelo fato de o dispositivo em comento restringir os poderes e prerrogativas constitucionalmente conferidos ao Ministério Público. As atribuições, garantias e prerrogativas conferidas a esse órgão pela Carta Magna de 1988 e legislação infraconstitucional permitem inferir que o *Parquet* atualmente se configura como a principal instituição na defesa dos direitos transindividuais e individuais indisponíveis, utilizando-se, para tanto, os mais diversos instrumentos previstos no ordenamento jurídico, com destaque, dentre eles, para ação civil pública. Dessa maneira, não há como considerar que a ação civil pública seja via inadequada para tutela dos direitos individuais homogêneos dos contribuintes, uma vez que a própria Constituição manda tutelá-los, e o *Parquet*, por meio da ação civil pública, é a instituição mais adequada para o desempenho dessa função. A proibição contida no dispositivo simplesmente impede o Ministério Público de exercer as funções institucionais previstas no artigo 129, inciso II e III, da Constituição Federal.

Em verdade, percebe-se com mais nitidez, nesse ponto, que introdução do parágrafo único no artigo 1º da Lei 7.347/85 nada mais foi do que uma medida de caráter essencialmente político, tendo como um de seus objetivos impedir o Ministério Público de tutelar judicialmente os direitos violados pela própria Administração Pública Fazendária, gerando, dessa forma, uma proteção indireta aos cofres públicos, uma vez que foi relegado aos lesados apenas a via processual individual. Poucos são, no entanto, os que buscam individualmente a reparação da lesão.

Além disso, como se viu, outro argumento dos quais se valem aqueles que entendem não ofender a ordem constitucional vigente a limitação introduzida pela MP nº 2.180-35/2001 é o de que seria indevida a utilização da ação civil pública em matéria tributária, questionando a constitucionalidade de determinado tributo, uma vez que usurparia a competência do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Ora,

não se está a falar, aqui, em controle concentrado de constitucionalidade, mas, sim, difuso. Caso o pedido principal da ação civil pública fosse a declaração da inconstitucionalidade de determinado dispositivo legal tributário, a tese aventada quanto à usurpação de competência seria verdadeira. No entanto, o que se pretende, nesse caso, é a declaração incidental de inconstitucionalidade por meio da ação coletiva, de modo que o pedido relativo à questão principal seja deferido em função dessa inconstitucionalidade prejudicial. Percebe-se, portanto, que não há problema algum a utilização da ACP com essa finalidade, uma vez que o próprio ordenamento brasileiro prevê o controle incidental de leis e atos normativos, o qual pode ser feito, inclusive, por meio dessa ação coletiva.

Outro fundamento utilizado a favor da não utilização da ACP em matéria tributária, e que aqui foi refutado, é no sentido de que a tutela de direitos individuais homogêneos previstos no CDC prestar-se-ia à defesa apenas de consumidores, não sendo possível sua aplicação aos contribuintes. Ocorre que, após a integração da LACP e do CDC, o sistema de tutela coletiva passou a abranger a defesa de quaisquer interesses transindividuais, e não apenas aqueles ligados à relação de consumo.

Existem, ainda, aqueles que advogam a tese de que os direitos individuais homogêneos dos contribuintes teriam natureza patrimonial, disponível, não sendo possível, por isso, tutelá-los por meio de ação coletiva. Mais um argumento que certamente não se sustenta, sobretudo porque a causa coletiva que porventura veicule pretensão no sentido de impugnar incidentalmente a inconstitucionalidade, a ilegalidade ou o abuso de poder na tributação, possui, sem dúvida, um interesse social relevante, razão pela qual é forçoso reconhecer a indisponibilidade dos direitos por ela transportados.

Por fim, ressaltou-se perda experimentada pela tutela coletiva com o veto ao dispositivo do Novo CPC que previa a conversão da ação individual em coletiva, em especial porque o dispositivo estava inserido em um Código produzido num regime democrático, orientado pela Constituição, a qual erigiu os direitos coletivos à categoria de direitos fundamentais.

Considerando, portanto, que o acesso coletivo à jurisdição, por via de ação civil pública ou coletiva, além de ser garantia constitucional, é ainda “*o único meio eficiente previsto em nosso Direito para garantir que todos os lesados possam ver submetidas suas pretensões ao Judiciário*” (uma vez que, por via da ação individual, fica evidente que a

maioria dos lesados fica sem efetiva tutela jurisdicional), “qualquer lei que impeça ou inviabilize a tutela coletiva é claramente inconstitucional”¹²⁷.

Buscou-se, portanto, com o presente trabalho, evidenciar essa inconstitucionalidade, de forma a esclarecer e alertar a todos os operadores do Direito acerca dessa investida do Poder Executivo federal contra os direitos fundamentais dos contribuintes. Espera-se que haja força social capaz de pressionar os representantes do povo nas Casas Legislativas para reformar o citado dispositivo, derrubando a proibição nele veiculada, ou que o Poder Judiciário invalide-o por meio do controle concentrado, ou, ao menos, mude seu posicionamento acerca da legitimação do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em matéria tributária.

127. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 715.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 25. ed. São Paulo: Editora Método, 2015.
- ALMEIDA, João Batista de. *Considerações acerca de duas décadas de alterações da Lei n. 7.347/85*. In: CARVALHO ROCHA, João Carlos de et al (Coord.). *Ação Civil Pública: 20 anos da Lei n. 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. *Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 11 jul. 2016.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. *Exposição de Motivos do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, 2005*. Disponível em http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_exposicaodemotivos_2_28_2_20_05.pdf. Acesso em: 22 mar. 2017.
- CARVALHO ROCHA, João Carlos de, HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto, CAZETTA, Ubiratan. *Ação Civil Pública. 20 anos da Lei n. 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O desenvolvimento das ações coletivas estrangeiras e a influência exercida no direito processual coletivo brasileiro*. Revista dos Tribunais, v. 103, n. 940, p. 89-152, 2014.
- DIDIER JR., Fredie. *Ações Constitucionais*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 4.
- GAJARDONI, Fernando da Costa. *O processo coletivo refém do individualismo*. In: ZANETI JR., Hermes (Coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. *Aspectos Processuais da Ação Civil Pública*. 2007. 321 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.
- LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação Civil Pública e o Acesso à Justiça*. 1. ed. São Paulo: Editora Método, 2004.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *A Ação Civil Pública no Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/acpnoeca.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

_____. Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/aspectosacp.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo Coletivo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

PIMENTEL, Alexandre Freire. *Direitos coletivos em perspectiva histórica: análise dos critérios taxonômicos a partir dos planos processual e material*. Revista dos Tribunais, Nordeste, v. 4, p. 53-67, 2014.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Individual Homogêneo e Legitimidade do Ministério Público: visão dos Tribunais Superiores*. Disponível em: <https://www.academia.edu/3232766/Direito_Individual_Homog%C3%Aaneo_e_Legitimidade_do_Minist%C3%A9rio_P%C3%Bablico_vis%C3%A3o_dos_Tribunais_Superiores>. Acesso em: 15 de mar. 2017.

PRUDENTE, Antônio de Souza. *Legitimação constitucional do Ministério Público para ação civil pública em matéria tributária na defesa dos direitos individuais homogêneos*. Revista CEJ, v. 3, n. 9, set./dez. 1999. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/241/403>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. *Ação civil pública em matéria tributária, como instrumento de acesso à Justiça*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f00ca20f88ef7d8e>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

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 (Coord.). *Aspectos polêmicos da ação civil pública*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

WALTER, Andréa Geraldês Cabral. *O Controle Difuso de Constitucionalidade em Sede de Ação Civil Pública*. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-iii-numero-5-2013/f5.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II.

ZAVASCKY, Albino Teori. *Processo Coletivo Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.