

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

THALES BORGES MUNIZ

**O ALCANCE DA TUTELA COLETIVA FACE AOS LIMITES
IMPOSTOS PELA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Juiz de Fora
2014

THALES BORGES MUNIZ

**O ALCANCE DA TUTELA COLETIVA FACE AOS LIMITES
IMPOSTOS PELA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Aline Araújo Passos.

Juiz de Fora
2014

THALES BORGES MUNIZ

**O ALCANCE DA TUTELA COLETIVA FACE AOS LIMITES
IMPOSTOS PELA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Aline Araújo Passos.

Aprovada em de 25 de julho de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Aline Araújo Passos – Orientadora
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professora Flávia Lovisi Procópio de Souza
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Mestre Márcio Carvalho Faria
Universidade Federal de Juiz de Fora

Juiz de Fora
2014

*Ao Deus triuno, razão da minha
existência.*

*Aos meus pais e irmãos, pelo amor e pela
compreensão sempre presentes.*

À Professora Aline, pelo apoio na concretização deste trabalho e por despertar em mim o senso crítico.

À Procuradoria Federal junto à UFJF e à 11ª Promotoria de Justiça, pelo aprendizado e pelas experiências que transcenderam a prática jurídica.

“Dá instrução ao sábio, e ele se fará mais sábio ainda; ensina ao justo, e ele crescerá em prudência. O temor do Senhor é o princípio da sabedoria, e o conhecimento do Santo é prudência.”

(Provérbio do Rei Salomão)

RESUMO

O presente trabalho propõe uma análise do alcance da tutela coletiva. Isso porque esse ramo do direito processual tem ganhado espaço no ordenamento jurídico na medida em que também ganham relevo os direitos coletivos no contexto atual da sociedade de massas. A tutela coletiva vem angariando a característica de ser um processo do interesse público, em virtude da função que tem encampado de pela via jurisdicional, determinar que o Estado cumpra suas finalidades constitucionalmente estabelecidas. Corroborando com o princípio do acesso à justiça, cuidou a Constituição Federal de 1988 de dar máxima amplitude à proteção desses direitos emergentes. Orientados pelo acesso à justiça e pelo princípio da atipicidade, a Lei de Ação Civil Pública e o Código do Consumidor dispuseram da procedimentalização dos direitos coletivos em juízo. Todavia, devido as intempéries político-econômicas ocorridas ao longo dos anos 90, foi publicada uma medida provisória restringindo o ajuizamento de ações coletivas sobre matérias tributárias e previdenciárias. Diante dessa situação, o presente trabalho se presta a compreender a referida restrição legal, apresentando, sob uma análise doutrinária e jurisprudencial, a pertinência e constitucionalidade da medida, lançando mão, ao final, de uma possível solução quanto às controvérsias levantadas a respeito do tema, que seja mais consentânea com os princípios e a relevância da tutela coletiva.

PALAVRAS-CHAVE: tutela coletiva – direitos coletivos – acesso à justiça – restrição legal – constitucionalidade.

ABSTRACT

This paper proposes an analysis of the scope of collective protection. That's because this branch of procedural law has gained importance in law to the extent that relief also gain collective rights in the current context of mass society. Collective protection is raising the status of public interest, because it has taken over the function of the judicial process, determine the state to fulfill its constitutionally established process purposes. Corroborating the principle of access to justice, nursed the Federal Constitution of 1988 to give protection to the maximum amplitude of these emerging rights. Guided by access to justice and the principle of atypical, Law of Civil Action and the Consumer Code proceduralizing were given the collective rights in court. However, due to political and economic storms that occurred over the 90 years, was published an interim measure restricting the filing of class actions on tax and social security matters. Given this situation, this work lends itself to understand the legal restriction that presenting in a doctrinal and jurisprudential analysis, the appropriateness and constitutionality of the measure, resorting in the end, as a possible solution to the controversies raised about the theme that is more consistent with the principles and the importance of collective protection.

KEYWORDS: collective protection – collective rights – access to justice – legal restriction – constitutionality.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA COLETIVA	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
2.1. Aspectos introdutórios tutela coletiva	Erro! Indicador não definido.
2.2. Evolução da tutela dos direitos coletivos no Brasil.....	14
2.3. Do microssistema do processo coletivo.....	17
2.3.1. Breves considerações sobre a Lei de Ação Civil Pública.....	21
2.4. Princípios do processo coletivo	22
2.4.1. Princípio do acesso à justiça.....	23
2.4.2. Princípio da atipicidade	24
2.5. O processo coletivo como tutela do interesse público e sua importância na atualidade	26
3. O ALCANCE DA TUTELA COLETIVA FACE AOS LIMITES IMPOSTOS PELA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA	30
3.1. Contexto da medida provisória.....	30
3.2. Argumentos pela impossibilidade de ajuizamento de ação coletiva em questões tributárias e previdenciárias.....	34
3.3. Da impugnação à vedação imposta pela lei	36
3.3.1. Da inconstitucionalidade da vedação imposta pela lei	41
3.3.2. A proteção coletiva para os hipossuficientes	45
4. CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho se debruça sobre o alcance da tutela coletiva, que é um dos mais importantes aspectos do microssistema do processo coletivo brasileiro, integrado pela Constituição Federal, a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85 – LACP) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). A sua compreensão é importante diante da posição de destaque que os direitos metaindividuais alcançaram no contexto atual da sociedade de massas. Apesar de sua relevância e da previsão constitucional de sua propositura para quaisquer situações que envolvam direitos coletivos *lato sensu*, foi editada a Medida Provisória nº 2.180-35/2001, que acresceu à Lei de Ação Civil Pública o famigerado parágrafo único de seu artigo 1º, pelo qual se impõem limites a esse remédio constitucional, de modo que não será cabível ação coletiva em questões previdenciárias e tributárias, matérias cujas reclamações foram umas das mais recorrentes nos tribunais federais e superiores até então. Diante disso, resta-nos indagar o seguinte: *a restrição do âmbito de aplicação da ação coletiva prevista no parágrafo único do artigo 1º da LACP seria constitucional? O motivo para tal restrição é legítimo face aos princípios que informam o microssistema do processo coletivo e, em última análise, o próprio Ordenamento Jurídico pátrio? O Estado legiferou em prol do interesse público primário?*

O objetivo principal é analisar os limites da tutela coletiva, além da pertinência e constitucionalidade da restrição imposta pelo parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 7.347/85, lançando-se mão de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema.

Para melhor compreensão do tema proposto, o trabalho foi dividido em dois capítulos. O primeiro diz respeito às noções da tutela coletiva. Nesse primeiro momento são apresentadas as origens da tutela coletiva, a sua evolução no Brasil e a formação do microssistema do processo coletivo brasileiro. São trazidos à baila também alguns dos princípios do processo coletivo pertinentes ao tema e, ainda, a importância da tutela coletiva para o interesse público. O segundo capítulo, por seu turno, coloca em xeque o problema da vedação imposta pela Lei de Ação Civil Pública sobre o alcance da tutela coletiva. Nesse segundo momento, expõe-se o

contexto em que foi editado o ato normativo que ensejou a o acréscimo do parágrafo único ao artigo primeiro da referida lei. Outrossim, colacionam-se os principais argumentos favoráveis e contrários a vedação legal de ajuizamento de ação coletiva sobre questões tributárias e previdenciárias, à luz do acesso coletivo à justiça.

A compreensão do alcance desse instituto é reflexo da crescente importância e dos rumos que o processo coletivo tem tomado no país. Assim como o Mandado de Segurança na seara individual, as ações coletivas têm sido consideradas pela doutrina como as mais importantes armas cíveis para a coletividade¹. Portanto, quanto maior for a relevância e presença dos direitos coletivos, maior será a necessidade de compreender mecanismos de tutela, aplicando-a da melhor maneira possível, para que não caia o direito processual na obsolescência.

Diante do exposto, o presente trabalho nos convida a uma análise sobre o instituto da tutela coletiva e os seus limites, e, ao final, propõe uma solução para as controvérsias levantadas sobre o tema.

¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação Civil Pública** in DIDIER JR., Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 352.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA COLETIVA

2.1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DA TUTELA COLETIVA

As ações coletivas, embora com maior relevância a partir da metade do século passado, têm seus primórdios na República romana, época em que já se reconhecia uma espécie de ação popular em favor da coisa pública². Essa percepção de coisa pública, todavia, não é exclusiva dos romanos, porquanto também é possível se observar suas origens na democracia grega³. Sem adentrarmos o quadro histórico do processo coletivo, o que demandaria uma análise mais detida de outros momentos marcantes de sua evolução, como os ocorridos na Idade Moderna, por exemplo⁴, o que de importante se extrai é a compreensão de que as ações coletivas nascem das formas de governo republicana e democrática, observação que deve ser feita na medida em que tais concepções influenciam diretamente no perfil do instituto em comento.

É verdade que democracia e república não se confundem, de modo que é possível a existência de um governo republicano e, todavia, totalitário, o que seria contrário a uma democracia. Não obstante, atendo-se ao seu conceito etimológico, é certo dizer que ambas se respaldam na existência de um bem coletivo, ou, ainda, de um ente coletivo, qual seja, o povo. Cria-se, então, a noção de um ser que transcende o sujeito individualmente considerado. E, embora hoje a tutela coletiva abranja objetos que vão além do patrimônio público, ou da coisa do povo, devido à influência de outros importantes fenômenos, como a ascensão do Estado Social, é importante salientar que a concepção democrática e republicana de governo foi

² “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* (...) pela profunda noção de que a *República pertencia ao cidadão romano*, era seu dever defendê-la”. DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 9 ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 23.

³ *Ibidem*.

⁴ A Revolução Industrial, por exemplo, é considerada um marco para o estudo da tutela coletiva, quando se deu o surgimento das sociedades de massa. DINIZ, Bráulio Gomes Mendes. **A contribuição das doutrinas italiana e norte-americana para o modelo brasileiro de ação coletiva**. Conteúdo Jurídico. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-contribuicao-das-doutrinas-italiana-e-norte-americana-para-o-modelo-brasileiro-de-acao-coletiva,45229.html>>. Acesso em 23 jul. 2014.

crucial para a criação de mecanismos que viessem a proteger bens que dizem respeito a um ser coletivamente considerado.

Porém, como já dito, para compreender o alargamento de seu objeto e o perfil que tomou o processo coletivo hoje em dia, deve-se considerar outro importante aspecto, que é a ascensão do Estado Social.

Isso porque, no que se refere a este último, não obstante o modelo republicano de governo adotado por muitos países, a ideologia liberalista, advinda do movimento iluminista, surgida a partir do século XVIII, como forma de repudiar os governos absolutistas de outrora, impedia que se desenvolvesse a ideia de tutela coletiva, uma vez que se preconizava no Estado Liberal a não intervenção estatal na vida do particular, tendo uma postura negativa com relação ao cidadão, ao invés de uma postura proativa, que é característica necessária ao desenvolvimento das ações coletivas⁵. Portanto, somente com a ascensão do Estado Social, no qual se preconiza uma postura positiva do Estado em relação à concretização de direitos fundamentais do cidadão, as atenções voltaram-se para a tutela dos direitos coletivos, reconhecidos por Bobbio como sendo os direitos de terceira geração (ou dimensão), quais sejam, aqueles relacionados ao meio ambiente, ao patrimônio, entre outros⁶.

O contexto sociopolítico pós Segunda Guerra Mundial, no qual se passara a se preocupar mais com os direitos humanos, com os grupos étnicos, entre outros direitos que dissessem respeito à sociedade em geral ou a segmentos sociais, foi terreno fértil para que se desenvolvessem as ações coletivas, de modo tutelar esses novos direitos e as relações que dela surgiram. Com a encampação desses direitos pelas cartas constitucionais, em pleno processo de constitucionalização⁷, embasada

⁵ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 9 ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 354.

⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. COUTINHO, Carlos Nelson (trad.) Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6-7.

⁷ Sem adentrar no viés filosófico pós-positivista que o embasou, o fenômeno constitucionalista adveio da expansão da jurisdição constitucional que se deu por volta da metade do século XX. Segundo Barroso, “imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático”. BARROSO, Luís Roberto. **Neconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional**

na força normativa da constituição de Hesse⁸, a tutela coletiva angariou espaço na doutrina e na jurisprudência.

2.2. EVOLUÇÃO DA TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS NO BRASIL

No Brasil, ainda na República Velha, a noção de tutela coletiva era suprimida pela ideologia liberalista propugnada pelo Ordenamento Jurídico na época. Vigorava o Código Civil de 1916, marcado pelo individualismo das relações jurídicas, preconizado por Beviláqua, que rechaçava, até de modo expresso, a possibilidade de se tutelar direito supraindividuais⁹. Daí se explica a timidez com a qual a Constituição de 1934 mencionou, pela primeira vez, as ações populares.

Mesmo assim, apesar da previsão constitucional da ação popular em 1934, a lei que a regulamenta só foi editada no ano de 1965 (Lei nº 4.717/65). Seu artigo primeiro já mencionava que o objeto tutelado pela ação seria o patrimônio público. Todavia, ainda que seja considerado um marco da evolução do processo coletivo brasileiro, a mesma não deslanchou, em virtude do contexto em que fora editada: a ditadura militar, que teve início um ano antes da publicação da lei. Época em que a democracia foi relegada, os anos de chumbo, marcados pela repressão política e social, foram responsáveis por sufocar o ajuizamento de ações populares, e, ainda, atrasar o avanço do processo coletivo brasileiro.

Somente a partir da redemocratização do país, que se deu ao longo da década de 1980, foi possível o desenvolvimento da tutela coletiva. Em 1981, foi publicado outro diploma que visasse à proteção de outro bem coletivo, qual seja, o meio ambiente. A Lei Nacional de Política do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81) ampliou, então, a noção de objeto coletivo que antes se tinha com a Lei de Ação Popular. Além da redemocratização, também a emergência do contexto mundial de globalização, e do surgimento da sociedade de massas, a partir da segunda metade

no Brasil. Jus Navegandi. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito/3>>. Acesso em 09 jul. 2014.

⁸ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 24.

⁹ Código Civil de 1916, do qual foi um dos elaboradores o jurista Clóvis Beviláqua, previa, por exemplo, em seu artigo 76 que “para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo único – o interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor ou à sua família”, esfacelando-se qualquer possibilidade de ajuizamento de ação que abranjesse uma coletividade.

do século XX, contribuíram para que o Brasil avançasse na consolidação da tutela coletiva. Para isso, de grande valia foi a influência dos sistemas italiano e norte americano para assimilação dos institutos que norteiam o processo coletivo. Duas contribuições do modelo norte americano merecem destaque.

O modelo norte americano, malgrado amparado num sistema *common law*, foi importante para se ter uma perspectiva coletiva do litígio para o ordenamento pátrio, isto é, ajuizar uma ação capaz de juntar um grande número de pessoas, cujos interesses fossem os mesmos, num mesmo litígio. A *Federal Rule* nº 23 prevê o ajuizamento de ações de classe, as *class actions*, que assim foi definido por Braulio Mendes, citando Ronaldo Cunha:

Esta ação se maneja quando encontramos grande número de pessoas com igual interesse e mais, são tão numerosas que juntá-las em um só processo (ou formar infindáveis processos) é impraticável. Um, ou mais litigantes, revelando este interesse comum ao grande grupo, representará a todos no processo. Acrescente-se, e isto é relevante, que a decisão judicial obrigará a todos¹⁰.

Ademais, antes da reforma de 1966¹¹, a regra nº 23 definiu os interesses coletivos *lato sensu* em direitos difusos, direitos coletivos *strictu sensu*, sendo estes indivisíveis, e os direitos individuais homogêneos, divisíveis e, portanto, passíveis de serem pleiteados individualmente. Dessa forma, as *class actions* foram importantes também para delimitar o objeto da tutela coletiva.

No que diz respeito à influência italiana, cujo modelo se ampara no sistema *civil law*, é certo que uma das maiores contribuições foi a delimitação da legitimidade para a propositura da ação coletiva. Doutrinadores como Vittorio Denti¹² e Mauro Cappelletti¹³, na década de 1970, já discutiam acerca da caracterização dos direitos coletivos e sua defesa na esfera jurisdicional, e nessa deliberação, Cappelletti, por

¹⁰ CUNHA, Ronaldo *apud* DINIZ, Braulio Gomes Mendes. **A contribuição das doutrinas italiana e norte-americana para o modelo brasileiro de ação coletiva**. Conteúdo Jurídico. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-contribuicao-das-doutrinas-italiana-e-norte-americana-para-o-modelo-brasileiro-de-acao-coletiva,45229.html>>. Acesso em 23 jul. 2014.

¹¹ A reforma sofrida pela *Federal Rule* nº 23, ocorrida em 1966, acabou com a tripartição dos direitos coletivos. A despeito disso, o projeto de Lei nº 5.139/2009, o qual propõe a criação de um Código de Processo Coletivo Brasileiro, manteve a referida classificação.

¹² DINIZ, Braulio Gomes Mendes. **A contribuição das doutrinas italiana e norte-americana para o modelo brasileiro de ação coletiva**. Conteúdo Jurídico. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-contribuicao-das-doutrinas-italiana-e-norte-americana-para-o-modelo-brasileiro-de-acao-coletiva,45229.html>>. Acesso em 23 jul. 2014.

¹³ *Ibidem*.

exemplo, pregou a importância de estabelecer uma adequada representatividade dos direitos coletivos no âmbito judicial, afirmando a necessidade de contemplar não somente o Ministério Público, mas também outras instituições ou órgãos para melhor representar determinada categoria de pessoas¹⁴. Em outras palavras, uma das influências italianas no processo coletivo brasileiro foi revelar a necessidade de se ter uma legitimidade adequada, isto é, um representante que fosse o mais adequado para representar determinado grupo de pessoas sobre determinado tipo de interesse coletivo.

Não se pretende esgotar todas as demais contribuições de modelos estrangeiros para a formação da tutela coletiva brasileira, mas os exemplos acima mencionados demonstram a relevância dos modelos norte americano e italiano para consolidação dos institutos processuais pátrios na seara coletiva.

Tais influências refletiram na confecção das demais normas que viriam a integrar o que hoje é o microsistema do processo coletivo. A Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.437/85) é uma delas. Publicada em 1985, época da derrocada do período ditatorial, a LACP é considerada um dos expoentes da tutela coletiva brasileira. E como exemplo da influência do sistema italiano, especificamente no que diz respeito à legitimidade para o ajuizamento da ação civil pública, prevê o seu artigo 5º o seguinte:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I – o Ministério Público;

II – a Defensoria Pública;

III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V – a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre as suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), já sob a égide de uma Constituição Democrática, também sofreu influência daqueles modelos estrangeiros,

¹⁴ Ibidem.

a exemplo do artigo 81, que reproduz a tripartição dos interesses coletivos em sentido amplo. Também considerado base do processo coletivo, o Código de Defesa do Consumidor se revela outro importante marco da evolução da tutela coletiva brasileira.

Com a Constituição Federal de 1988, a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, formou-se o microsistema de processo coletivo brasileiro, referência para os países de direito escrito.

Com a crescente importância dos direitos coletivos, juristas brasileiros, e até estrangeiros, reuniram esforços para formulação de projetos de Códigos de Processo Civil, dentre os quais destacam-se: o Código de Processo Coletivo Modelo para Países de Direito Escrito (Projeto Antonio Gidi); O Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, entre outros¹⁵. Não nos interessa aqui discorrer sobre cada um dos projetos, mas tão somente mencioná-los para expor os esforços para a confecção de um sistema mais aprimorado de tutela coletiva e, ainda, o rumo que tem tomado o Brasil neste assunto. Vale ainda mencionar que, além dos projetos acima referidos, tramita perante o Congresso Nacional o Projeto de Lei 5139/2009, que seria o Código de Processo Coletivo. O projeto foi rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça e, atualmente, aguarda recurso perante o Plenário da Câmara dos Deputados¹⁶.

2.3. DO MICROSSISTEMA DO PROCESSO COLETIVO

Com a emergência dos direitos coletivos, já preconizados, dentre outros, por Bobbio¹⁷, nascia a necessidade de se munir de instrumentos apropriados para a concretização dos mesmos, que se distinguíssem substancialmente daqueles manejados em favor de interesses individuais. Como já é cediça na doutrina¹⁸, a tutela coletiva segue uma lógica própria, possuindo objeto, causa de pedir, partes,

¹⁵ Como o Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, coordenado pelo Professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes.

¹⁶ Último andamento datado de 12/05/2010. Consulta disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. COUTINHO, Carlos Nelson (trad.) Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6-7.

¹⁸ Dentre eles DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. 9 ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2014.

entre outros institutos jurídicos que lhe são peculiares e outros que, embora se apresentem à Teoria Geral do Processo, aparecem no processo coletivo sob uma perspectiva distinta do processo individual, como é o que ocorre, por exemplo, com a coisa julgada¹⁹. Como já foi dito, parte-se aqui para uma perspectiva coletiva do litígio. Essa perspectiva implica numa concepção de parte supraindividual, de objeto e procedimentos que sejam adequados a tutelar esses *novos direitos*²⁰, que repercutam em um número determinado, ou não, de pessoas. Portanto, resta claro que o Código de Processo Civil não seria hábil a regular esse tipo de processo, entendendo este como procedimento e relação processual²¹. Aliás, como veremos adiante, o Código de Processo Civil será utilizado somente quando não houver nenhuma disposição legal em determinado caso nas normas que compõem o microssistema do processo coletivo.

De fato, como já demonstrado, a despeito dos projetos outrora mencionados, não temos em nosso Ordenamento um Código de Processo Coletivo, muito embora tenhamos um microssistema de tutela coletiva, composto basicamente por um tripé: a Constituição Federal, a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor. Não obstante, tem-se consolidado o entendimento sobre a existência de outros diplomas que se referem às ações coletivas e que, por conta disso, essas demais normas, como, por exemplo, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), integrariam o microssistema da tutela coletiva. É ter uma noção mais abrangente desse microssistema, como preconiza Rodrigo Mazzei, mencionado por Didier Jr. E Zaneti Jr.:

Visão mais ampla há de ser empregada, pois, apesar de o CDC e a LACP terem, de fato, um *status* de relevância maior (*decorrente da natural aferição de possuírem âmbito de a incidência de grande escala*), os demais diplomas que formam o microssistema da tutela de massa têm também sua importância para o direito processual

¹⁹ Não faz parte do foco deste trabalho analisar os institutos processuais do processo coletivo, mas é interessante mencionar a coisa julgada para observar a diferença do desta em relação ao processo individual. Isso porque há casos em que, por exemplo, a coisa julgada advinda de sentença coletiva não impede que a parte individualmente considerada possa ajuizar a mesma ação, porém, no processo individual. DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil:** processo coletivo. 9 ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2014.

²⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. COUTINHO, Carlos Nelson (trad.) Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6-7.

²¹ LIEBMAN, Enrico Tulio. **Studi in onore di Eurico Tulio Liebman**. Milano: AGiuffrè, 1979. p. 14

*coletivo, implantando a inteligência de suas regras naquilo que for útil e pertinente*²².

A respeito da ideia transcrita, é importante destacar que tais leis serão aplicadas em quaisquer casos que envolvam interesses supraindividuais que lhe disserem respeito. Mister se faz observar, outrossim, a intertextualidade entre os diplomas que integram o microssistema da tutela coletiva, de tal modo que, no caso concreto, caso não haja disposição legal na LACP, dever-se-á observar o CDC, e vice-versa, de tal modo que, como alegado, o Código de Processo Civil somente será utilizado quando da omissão de todos esses dispositivos legais que compõem o microssistema²³. Neste momento faremos uma breve explanação da importância de cada lei que forma a tutela coletiva brasileira, a começar pela Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal, que, conforme já demonstrado neste trabalho, passou a partir das últimas décadas a ocupar papel de destaque no Ordenamento Jurídico, surge como fundamento de validade de todas as demais normas do sistema. A Carta Magna se preocupou em arrolar, dentre os direitos fundamentais, aqueles que se referem à coletividade, como se vê do primeiro capítulo do Título II, que trata *Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*. Ademais, reiterando a importância da tutela coletiva, cuidou a Constituição de atribuir a determinadas instituições o dever de promovê-la. Por força do artigo 129, inciso III, é dever do Ministério Público “promover o inquérito e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Quanto à Defensoria Pública:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. **(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)**

²² MAZZEI, Rodrigo Reis *apud* DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. 9 ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 46.

²³ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. 9 ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 46-49.

Impende destacar que, embora o texto constitucional tenha se referido somente aos direitos coletivos e difusos, é certo que se deva fazer uma interpretação extensiva, incluindo os direitos individuais homogêneos, lembrando-se de que a referida expressão, advinda da *class actions* americana, só foi importada quando da edição do CDC, que é posterior à Constituição²⁴.

Destarte, como é “a Constituição que orienta o Ordenamento Jurídico”²⁵, e determina os limites de atuação do Estado, cabe a este, sob respaldo constitucional, a proteção dos direitos coletivos enquanto direitos fundamentais da sociedade, através dos órgãos institucionalizados pela Carta Magna.

O Código de Defesa do Consumidor, que advém do comando constitucional expresso no artigo 5º, inciso XXXII, define-se em seu artigo 1º como sendo norma de ordem pública e interesse social, conceito este que deve irradiar sobre todo o Código, inclusive o Título III, que trata da tutela coletiva, tanto em aspectos materiais quanto em procedimentais, ou seja, trazendo a ideia de interesse social para o processo, chamada por Cappelletti de “devido processo social”²⁶.

O CDC, em seu Título III, como já mencionado, é um importante componente do microssistema, e suas disposições se aplicam a todo o processo coletivo, não se limitando, portanto, às relações de consumo. Reproduzindo o modelo norte americano, o artigo 81, parágrafo único, do diploma consumeirista definiu os interesses coletivos em sentido amplo:

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

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que

²⁴ Conforme afirma Graziela Santos, “embora o art. 129, III da CF refira a legitimação do MP para a defesa de interesses difusos e coletivos, não mencionando os individuais homogêneos, não se pode excluir essa importante atuação na defesa desses direitos, isso porque a Constituição é anterior ao CDC, logo ela não poderia ter mencionado instituto que fora regulado posteriormente”. SANTOS, Graziela Cunha. **A legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública para a defesa dos direitos individuais homogêneos.** Disponível em: <http://www.speretta.adv.br/pagina_indice.asp?iditem=986>. Acesso em 07 jul. 2014.

²⁵ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo.** 9 ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 47.

²⁶ Cappelletti, ao mencionar o *devido processo social* quis indicar a necessidade de o direito acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade moderna, de modo a não se restringir à perspectiva individualista do processo, mas alçar mecanismos capazes de dar espaço a um “social ou coletivo conceito de devido processo”. DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo.** 9 ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 45.

sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

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

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Apesar das críticas quanto à manutenção dessa categorização dos direitos coletivos²⁷, é verdade que o Código de Defesa do Consumidor serviu de base para assimilar os direitos coletivos, facilitar o acesso à justiça pelo consumidor, bem como lançar mão de aspectos procedimentais que deverão ser observados no curso do processo coletivo.

Por fim, a Lei de Ação Civil Pública é, assim como o Código de Defesa do Consumidor, reflexo desse contexto de massas, surgindo como importante remédio constitucional – ainda que não arrolado no artigo 5º da Constituição – na defesa dos direitos coletivos, considerada uma das mais potentes armas cíveis previstas no ordenamento brasileiro, ao lado do mandado de segurança (esta no âmbito individual)²⁸. E o interessante desse diploma legal é a possibilidade de observá-lo sob dois prismas, quais sejam, como ação e como uma lei processual, como se verá no próximo tópico.

2.3.1. Breves considerações sobre a Lei de Ação Civil Pública²⁹

Quando de se fala em Ação Civil Pública, podemos nos deparar com uma ação ou um conjunto de regras processuais a serem observadas no processo coletivo. De fato, esse remédio assume os dois papéis. O primeiro prisma, ou seja, a perspectiva da lei como uma ação, advém do costume herdado da cultura romano-germânica de nominar as ações, sendo certo que a ação é tão somente um direito que se exercita em face do Estado para obter a realização de um direito. E esse

²⁷ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 9 ed. v. 4. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 67.

²⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação Civil Pública** in DIDIER JR., Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 352.

²⁹ Ibidem, pp. 365-366.

costume é repetido pelo legislador infraconstitucional, como se vê no Livro IV do Código de Processo Civil, e, ainda, pelo próprio constituinte, como se percebe nas *ações de interdito proibitório, ação direta de inconstitucionalidade*, dentre outros.

Não obstante, sob uma perspectiva técnica, é correto dizer que a Lei de Ação Civil Pública é um conjunto de regras processuais, a exemplo de seus artigos 2º, 5º, e assim por diante. Essa lei, juntamente com o Código de Defesa do Consumidor, lançam as normas pertinentes à procedimentalização da ação coletiva de um modo geral, a não ser que haja uma lei específica para determinado pleito, como ocorre nas ações eleitorais, na qual a LACP atua de forma subsidiária³⁰.

2.4. PRINCÍPIOS DO PROCESSO COLETIVO

Considerando o direito processual coletivo como ramo autônomo do direito processual próprio, pode-se sustentar que é reflexo da emergência dos direitos coletivos. Nesse sentido, os institutos clássicos do direito processual não são aplicados da mesma forma que no processo individual, além de outros institutos que lhe são peculiares. Com os princípios não seria diferente, de modo que aqui incidem princípios basilares da teoria geral do processo, como também aqueles típicos da tutela coletiva.

Importante se faz a menção aos princípios, na medida em que, com ascensão da filosofia jurídica pós-positivista, tais normas angariam maior espaço no ordenamento jurídico em detrimento das regras. Além da função integrativa, os princípios passam a orientar e a interpretar o Direito. São a base de determinado sistema, a ponto de os atos normativos de um dado ordenamento passarem a se orientar por princípios que o informam.

Demonstrada, em apertada síntese, a importância dos princípios no sistema jurídico atual, e, embora uma gama de princípios reja o processo coletivo, delimitar-

³⁰ De acordo com Marcelo Abelha Rodrigues, “as demandas eleitorais são, portanto, demandas coletivas que possuem procedimentos específicos, próprios da legislação eleitoral sendo subsidiariamente informadas e tuteladas pelos princípios e regras do processo coletivo. Só depois, naquilo que não contrariar o espírito coletivo da demanda, é que se aplicaria o Código de Processo Civil. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação Civil Pública** in DIDIER JR., Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 368.

nos-emos naqueles que se referem ao problema proposto no trabalho, quais sejam, o acesso à justiça e a atipicidade do processo coletivo.

2.4.1. Princípio do acesso à justiça

Num Estado Democrático de Direito, a forma de governo democrática ganha destaque na medida em que – adotando uma concepção mais pragmática do seu conceito – confere à sociedade a prerrogativa de participar de atividades e dos rumos do seu governo, em contraposição ao governo tirano. A Constituição Federal, chamada também de Constituição Democrática, consagrou essa forma de governo e, a partir disso, o princípio democrático se desdobrou em suas várias facetas. Nas eleições, por exemplo, ela se apresenta no direito de o indivíduo escolher os representantes de seu povo; no âmbito do Legislativo, a possibilidade da edição de lei de iniciativa popular também é corolário do governo democrático. E, o que mais nos interessa, no exercício jurisdicional do Estado, a democracia se apresenta no princípio do acesso à justiça.

Erigido constitucionalmente, no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna, o princípio do acesso à justiça é reflexo do Estado Democrático de Direito, por força do qual se garante ao jurisdicionado a possibilidade de não só de levar a apreciação do Judiciário qualquer fato que lese ou ameace o seu direito, mas também no sentido de poder participar do processo na busca da concretização de seus interesses. É de fundamental importância num sistema jurídico o referido princípio, pois é dele que depende a viabilização dos demais direitos³¹; é um mecanismo pelo qual se torna possível a realização dos direitos individuais e coletivos, no sentido de promover a máxima efetividade dos mesmos.

Não obstante o acesso à justiça seja um princípio da teoria geral do processo, o seu conceito no processo coletivo ganha relevo, não somente por se referir à participação em uma ordem jurídica e justa, mas também por reclamar por uma adequada representação dos direitos coletivos em juízo. A questão da

³¹ VASCONCELOS NETO, Francisco das Chagas. **O amplo acesso à justiça e a eficácia político-social da tutela coletiva**. Processos Coletivos. 2012. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/doutrina/36-volume-3-numero-3-trimestre-01-07-2012-a-30-09-2012/1005-o-amplo-acesso-a-justica-e-a-eficacia-politico-social-da-tutela-processual-coletiva>>. Acesso em: 07 jul. 2014.

representatividade dos direitos coletivos em juízo foi tema abordado por Cappelletti e Garth no que eles chamaram de *segunda onda do acesso à justiça*³². Segundo o jurista italiano, “o segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais³³”. Chamou-se a atenção para a questão da representação em juízo dos direitos coletivos, por forçar uma reflexão sobre noções tradicionais do processo civil individual, como a legitimidade. A perspectiva tradicional do processo, que busca a solução de controvérsias envolvendo direitos individuais, na qual os legitimados são, em regra, os próprios sujeitos da relação de direito material, não é capaz de atender à situação dos direitos coletivos onde os titulares dos direitos coletivos, muitas das vezes, indeterminados, não são os legitimados para propor a ação. Nesse sentido, é preciso se debruçar sobre uma nova noção de legitimidade e representatividade no processo coletivo. O princípio do acesso à justiça reclama por soluções para adequar a representação em juízo à realidade dos direitos coletivos. Para Vasconcellos Neto:

Os direitos coletivos, dada a sua grande complexidade, **precisam de um instrumento processual prático e eficaz**. Dessa forma, atendidos os anseios coletivos, que também podem abranger grandes anseios da sociedade, realiza-se um acesso à justiça massificado, onde a função social do direito é realizada de forma ampla e mais econômica³⁴ (grifou-se).

2.4.2. Princípio da atipicidade

O princípio da atipicidade ou da não taxatividade é peculiar ao processo coletivo, erigido constitucionalmente, ao dispor no artigo 129, outrora já mencionado, que cabe ao Ministério Público ajuizar ação civil pública para a defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo. O dispositivo em comento, apesar de mencionar somente os direitos coletivos e difusos, abarca também os individuais homogêneos,

³² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 49.

³³ Ibidem.

³⁴ VASCONCELOS NETO, Francisco das Chagas. **O amplo acesso à justiça e a eficácia político-social da tutela coletiva**. Processos Coletivos. 2012. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/doutrina/36-volume-3-numero-3-trimestre-01-07-2012-a-30-09-2012/1005-o-amplo-acesso-a-justica-e-a-eficacia-politico-social-da-tutela-processual-coletiva>>. Acesso em: 07 jul. 2014.

como explicado no tópico 2.3, tendo em vista, ademais, que estes compõem a definição tripartite dos direitos coletivos em sentido lato, além de considerar que, não obstante previstos somente no CDC, a estes também se aplica a LACP, em virtude da já referida interdependência entre ambos os diplomas, formadores do microsistema. Logo, devem-se interpretar os direitos coletivos na norma referida em seu sentido lato. Esse princípio é corolário do princípio do acesso à justiça, uma vez que, por não taxar quais direitos serão abarcados pela ação coletiva, significa dizer que todos eles serão objeto de apreciação do judiciário em âmbito de processo coletivo.

Corroborando esse entendimento, Didier Jr. e Zaneti Jr. complementam, ao sustentarem duas facetas do referido princípio:

Ao tempo em que não se pode negar o acesso à justiça aos direitos coletivos novos, já que o rol do art. 1º da LACP é expressamente aberto (...), quaisquer formas de tutela serão admitidas para a efetividade desses direitos, nos termos do que prevê o artigo 83 do CDC (“Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis *todas as espécies de ações* capazes de propiciar a sua *adequada e efetiva tutela*”)³⁵.

Segundo a doutrina³⁶, essa assertiva sobre a atipicidade da ação coletiva é reforçada por outro princípio, o da máxima amplitude, previsto no artigo 83 do CDC, *caput*, por força do qual serão “admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva representação” em se tratando de processo coletivo. E, conforme Assagra de Almeida, **“limitações levadas a efeito pela jurisprudência e pela legislação infraconstitucional são inconstitucionais, já que ferem disposições expressas do texto constitucional”**³⁷(grifou-se), quais sejam, o artigo 5º, XXXV, e o 129, III, CF.

Portanto, o princípio da atipicidade abre as portas do Judiciário para a apreciação de qualquer demanda coletiva, por qualquer meio que lhe seja mais eficaz.

³⁵ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 9 ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 113.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 575.

2.5. O PROCESSO COLETIVO COMO TUTELA DO INTERESSE PÚBLICO E A SUA IMPORTÂNCIA NA ATUALIDADE

O desenvolvimento de uma tutela coletiva é consequência da dinâmica da sociedade que, após eventos como a Segunda Guerra Mundial, a bipolarização mundial e, posteriormente, a multilateralização, tornou-se globalizada e massificada. Como o direito deve ser sensível às mudanças sociais, de modo a regular as novas situações que delas advêm, não se poderia deixar de proteger esses novos interesses e, por conseguinte, novos conflitos, que envolvessem coletividades. Nesse contexto, a doutrina aponta dois principais fundamentos³⁸, ainda que de forma singela, mas suficientes em nosso trabalho para demonstrar a importância do processo coletivo na sociedade de massas. Um desses fundamentos, de cunho político, consubstancia-se no fato de que o desenvolvimento desse tipo de tutela provavelmente reduziria custos na prestação jurisdicional, como a uniformização dos julgamentos, menor quantidade de processos envolvendo os mesmos casos, o consequente aumento da credibilidade do Judiciário e, inclusive, do instituto da segurança jurídica das decisões ali prolatadas. Em resumo, a motivação política é eminentemente econômica, mas que também resvalam na atividade jurisdicional.

O outro fundamento, este de cunho sociológico, descreve o aumento das demandas de massa, resultante direta do pós guerra, da globalização e do fomento à proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais encampados pelas constituições. Essa demanda de massas toca no princípio do acesso à justiça, já analisado. O desenvolvimento de um instrumento de tutela coletiva cria oportunidade para uma coletividade, ou de um segmento dessa coletividade, buscar interesses que talvez individualmente considerados não seria possível. Um exemplo clássico é o caso de danos ínfimos sofridos pelo consumidor. Quando este é lesado pelo fornecedor, ao pleitear em juízo a reparação de danos, não consegue, sozinho, coibir a conduta lesiva contra ele praticada. De outro modo, porém, seria caso houvesse uma reparação global, que representasse todos os consumidores lesados por aquele dano individualmente considerado ínfimo. Logo, o acesso coletivo à justiça surge como importante fator para o desenvolvimento da tutela coletiva, para

³⁸DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. 9 ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 32-33.

que casos como este, antes marginalizados, venham receber a devida e efetiva proteção.

Outro argumento que vem sendo consolidado na doutrina e jurisprudência é a importância do processo coletivo como tutela do interesse público. É verdade que na teoria geral do processo, o fundamento desse instrumento se baseia no interesse público pela pacificação social. De fato, o processo coletivo serve a esse propósito em sentido amplo. Mas não se resume a isso. Talvez pudéssemos falar em duas faces de interesse público no processo coletivo: uma referente ao interesse pela prestação jurisdicional visando à pacificação social, e outra concernente ao interesse público numa perspectiva mais concreta, revelando-se através dos interesses coletivos e difusos, como o meio ambiente, a probidade administrativa, a realização de políticas públicas, entre outros.

Conforme a doutrina administrativista, o interesse público, a despeito das discussões decorrentes de sua indeterminação jurídica conceitual³⁹, pode-se classificar como primário ou secundário. A ideia de pacificação social advinda do processo é um exemplo de interesse público primário, pelo qual se leva em conta os interesses coletivos prevalentes na sociedade. É por esse interesse que os Poderes e as instituições públicas devem-se orientar. O interesse público secundário, por sua vez, corresponde ao interesse do ente público como sujeito de direitos, que podem muitas vezes, colidir com o interesse primário, a exemplo do que ocorre com a gana estatal pelo aumento de impostos, gastando o mínimo com políticas públicas ou, como se verá no próximo capítulo, a legiferação em causa própria, para reduzir o impacto econômico que alguns litígios em face do Estado podem lhe causar. Apesar da possibilidade de divergências entre o interesse primário e secundário, aquele deve sempre prevalecer, uma vez que o surgimento do Estado se deve à vontade da sociedade para que este venha a tutelar os direitos desta⁴⁰.

³⁹ Para Bandeira de Mello, “o interesse coletivo primário ou simplesmente interesse público é o complexo de interesses coletivos prevalente na sociedade”. Já Marçal Justen Filho afirma que o interesse público é um instituto de difícil conceituação, partindo o jurista de uma definição negativa sobre o interesse público, mas ao final, apontando este como sendo a prevalência dos direitos fundamentais. De qualquer modo, é consolidada na doutrina a existência do interesse público primário e secundário. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008; e JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. [s. e.], São Paulo: Saraiva, 2005.

⁴⁰ ROSSEAU, Jean Jaques. **Do Contrato Social**. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000. p. 35-37.

Portanto, o processo coletivo surge para tutelar o interesse público primário, que são direitos

referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade. Interesses de uma parcela da comunidade constitucionalmente reconhecida (...) bem como, na defesa dos interesses dos necessitados e dos interesses minoritários nas demandas individuais clássicas (...) 'marginalizados', já que muitas vezes não representados em número infinitamente superior aos interesses ditos 'majoritários' na sociedade, embora não tenham nem voz, nem vez⁴¹.

Tendo isso em mente, entendemos que o processo coletivo atua como instrumento para veicular demandas que transcendem os interesses individuais, que alcança um número muito maior de destinatários, senão, toda uma sociedade. Sob essa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a tutela do interesse coletivo/público como objeto de processo coletivo, como se vê no Informativo nº 410, sobre o direito à educação infantil:

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**, afirmara 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.

⁴¹ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo.** 9 ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 33.

RE 436996 AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello, 22.11.2005. (RE-436996).

O processo coletivo é uma demonstração do ativismo judicial, na medida em que se tutela o interesse público, ensejando ao Judiciário, nos casos de descumprimento pela Administração de preceitos constitucionais, de modo a comprometê-los, determinar a implementação de políticas públicas capazes de atender o interesse coletivo, deflagrando a superação da fase eminentemente liberal pela qual passou o direito brasileiro, marcada pela total inércia do juiz, tomando uma postura proativa, como deve ser em se tratando de interesse público.

Vale destacar que o Projeto de Código Processual Coletivo Brasileiro determina, como um dos requisitos para propositura da demanda coletiva, em seu artigo 19, parágrafo primeiro, que na defesa dos interesses coletivos, “o 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”.

3. O ALCANCE DA TUTELA COLETIVA FACE AOS LIMITES IMPOSTOS PELA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O presente capítulo trata diretamente do problema proposto por este trabalho: a constitucionalidade das limitações legais impostas em face das ações coletivas. Como se verá nas próximas páginas, apesar da inovação trazida pela Lei de Ação Civil Pública, instrumento no qual iremos nos deter, a mesma já foi, e continua sendo, paulatinamente tolhida pelo próprio Estado, numa tentativa de minorar-lhe a importância e os efeitos, diminuindo as consequências da responsabilidade decorrente da sua desídia, ou incompetência, de satisfazer os interesses coletivos, tarefa a que se propôs desde a adoção do modelo de Estado Social emoldurado na Constituição Federal de 1988⁴².

Ao invés de cumprir sua finalidade constitucional, atuando em prol do interesse público, muitas vezes o se encontra Estado no polo passivo dessas ações coletivas justamente por não a cumprir e, por isso, o que se vê é o ente público legislando em favor dos seus próprios interesses subjetivos (interesse público secundário), aleijando o diploma processual coletivo, a exemplo do que se vê no artigo 16 e, principalmente, o parágrafo único do artigo 1º da referida lei.

3.1. O CONTEXTO DA MEDIDA PROVISÓRIA

A década de 90 no Brasil, principalmente a sua primeira metade, foi marcada pela instabilidade econômica, em virtude da “montanha russa” da situação inflacionária no país, motivo pelo qual o Governo Federal adotara diversos planos econômicos no escopo de controlar a inflação que assolava a economia nacional. Planos econômicos como o Bresser, de julho de 1997; Verão, de 1989; Collor I, de março de 1990, e o Collor II, de fevereiro de 1991⁴³, na tentativa de combater a inflação, acabaram resvalando em vários setores e, como era de se esperar, dentre eles, estava o previdenciário. No que toca a este setor, mais especificamente, sobre

⁴² RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação Civil Pública** in DIDIER JR., Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 371.

⁴³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Réquiem para a ação civil pública**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/17170-17171-1-PB.htm>. Acesso em: 05 jul 2014.

o depósito ao Fundo de Garantia de Tempo de Serviço, o FGTS, a mudança dos planos econômicos acarretou na alteração dos valores das taxas que incidiam sobre a correção monetária, afetando diretamente nos valores depositados para esse fim. Diante desse fato, várias pessoas tiveram depósitos com valores a maior, e outras, a menor. Contrariadas com a defasagem, as pessoas que tiveram os depósitos corrigidos a menor recorreram ao Judiciário, requerendo não só a ilegitimidade da taxa com a qual se valeu o Governo, mas também a reparação pela quantia defasada. Como era grande a quantidade de pessoas lesadas pelo erro do Estado, houve-se por bem o ajuizamento de ações civis públicas para reclamar as diferenças⁴⁴.

De uma enxurrada de ações discutindo o tema, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário nº 226.855, do qual se esperava o reconhecimento da ilegitimidade dos expurgos inflacionários declarados à época. Repete-se, era o que se esperava.

Diante disso, o Governo Federal, prevendo o prejuízo que sofreria com a derrota perante a Corte Suprema, na casa de R\$ 50 bilhões⁴⁵, recorreu a dois casos paradigmáticos em que o Supremo Tribunal Federal havia afirmado pela ilegitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública, sob o pretexto de que não se trataria de hipóteses de direitos difusos, mas somente interesses individuais. Seriam o RE Nº 213.631/MG, Relator o então Ministro Ilmar Galvão, e o RE nº 195.056/PR, Relator o então Ministro Carlos Velloso, a qual se transcreve a seguir:

Constitucional. Ação Civil Pública. Impostos: IPTU. Ministério Público: legitimidade. Lei 7.347, de 1985, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078, de 1990 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25, CF, arts. 127 e 129, III.

I – A ação civil pública presta-se à defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. Lei 7.347/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078 (Cód. do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25.

II – Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Ibidem.

interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se à defesa desses direitos, legitimado o Ministério Público para a causa. CF, art. 127, *caput*, e art. 129, III.

III – O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto – no caso o IPTU pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo (Lei 7.437/85, art. 1º, II, art. 21, redação do artigo 117 da Lei 8.078/90; Lei 8.625/93, art. 25, CF, arts. 127 e 129, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com “interesses sociais e individuais indisponíveis” (CF, art. 127, *caput*)”.

(STF - RE: 195056 PR , Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 09/12/1999, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 30-05-2003 PP-00030 EMENT VOL-02112-02 PP-00279 REPUBLICAÇÃO: DJ 14-11-2003 PP-00018)

E, nas palavras de Scarpinella, em tom irônico, o porquê desse entendimento é que “ação civil pública, neste caso, não cabe. E ponto” ⁴⁶. Dessa decisão – dogmática e política – do STF, o Governo tratou de estender os argumentos (pífios) da carência desse tipo de ação em matéria tributária, para vedar o ajuizamento de ação civil pública para questões previdenciárias. Surgia, então, uma medida provisória, onde os requisitos da urgência e da relevância – sustentada naquele prejuízo de mais de R\$ 50 bilhões – eram voltados para o interesse do Estado, e não para o interesse público. Nesse sentido foi a exposição de motivos da reedição da Medida Provisória nº 1.984/2000 que viria a culminar naquela de número 2.180-35, de 24 de agosto de 2001:

Nessa esteira, a Suprema Corte, em acórdão relatado pelo Ministro Ilmar Galvão (RE nº 213.631-0) decidiu pela ‘ausência de legitimação do Ministério Público para ações da espécie, por não configurada, no caso, a hipótese de interesses difusos, como tais considerados os pertencentes a todos e a cada um dos membros da sociedade, como um bem não individualizável ou divisível, mas, ao revés, interesses de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigência tributária cuja impugnação, por isso, só pode ser promovida por eles próprios, de forma individual ou coletiva.

E continua:

Em outra matéria de extrema relevância, observe-se que, embora o art. 1º da Lei nº 7.347, de 24.7.85 (Lei da Ação Civil Pública) discrimine as hipóteses em que a ação civil

⁴⁶ Ibidem.

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. 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.**

(...)

Há casos bem recentes, envolvendo pleitos de correção monetária dos depósitos vinculados ao FGTS, formulados pela via da ação civil pública, **quando é evidente que versam sobre direitos disponíveis, passível de prescrição a respectiva ação, com titulares facilmente identificáveis. Por essa perspectiva, justifica-se o esclarecimento, por via legislativa, da disciplina sobre a matéria, com a inclusão de parágrafo único ao art. 1º da Lei n. 7.347, de 1985.**(grifou-se)

Com a edição e publicação do ato do Executivo Federal, numa conduta eminentemente política, esfacelava-se o ajuizamento de ação civil pública para coibir a intransigência estatal nos assuntos nas quais ela mais se realça, no campo previdenciário e tributário, afetando sobremaneira o acesso coletivo à justiça. E assim ficou o artigo 1º da Lei, com incisos controversos entre si, a exemplo do que claramente se vê do inciso IV e do parágrafo único:

Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos patrimoniais causados

I – ao meio ambiente;

II – ao consumidor;

III – a bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V – por infração da ordem econômica;

VI – à ordem urbanística.

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o

Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

A partir de então, consolidou-se nos tribunais superiores a ideia da ilegitimidade do Ministério Público para pleitear questões tributárias e previdenciárias, tornando-se o argumento mais recorrente, até mesmo, do Supremo Tribunal Federal. O Superior Tribunal de Justiça, que até então admitia a possibilidade de ação coletiva em matéria tributária, a exemplo do REsp 49.272-6⁴⁷, acabou alinhando-se ao posicionamento do Supremo.

3.2. ARGUMENTOS PELA IMPOSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO COLETIVA EM QUESTÕES TRIBUTÁRIAS E PREVIDENCIÁRIAS

Malgrado a previsão constitucional do ajuizamento de ação para defesa de qualquer direito coletivo em sentido amplo, e, ainda, a despeito do princípio do acesso coletivo à justiça, há considerável doutrina⁴⁸, e mais, jurisprudência, que entendem pela impossibilidade de se ajuizar ação coletiva em questões tributárias e previdenciárias. E dentre os argumentos sustentados por essa corrente, colocamos para este trabalho três dos mais recorrentes: a ilegitimidade do Ministério Público nas matérias prescritas no parágrafo único do artigo 1º da lei; a desclassificação para das matérias mencionadas no dispositivo para direitos exclusivamente individuais e, por último, a impossibilidade de a ação civil pública funcionar como ação direta de inconstitucionalidade. Vejamos cada um dos argumentos a seguir.

⁴⁷ Recurso Especial, do qual foi relator o então Ministro Demócrito Reinaldo, j. 21.09.1994.

⁴⁸ Como Osmar Tognolo (Ação Civil Pública em Matéria Tributária, *in* Revista de Estudos Tributários nº 10, NOV-DEZ/1999); Célio Armando Janczeski (A Legitimidade Ativa para a Ação Civil Pública em Matéria Tributária, *in* Juris Síntese nº 34, MAR-ABR/2002) e Vinícius de Caldas da Gama e Abreu (Ação Civil Pública em Matéria Tributária, *in* <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3610>), compilados no artigo de Bárbara Sutter, et al. (**Da utilização da ação civil pública em matéria tributária.** Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1022>. Acesso em 07 jul. 2014).

a) Da ilegitimidade do Ministério Público

Segundo o que sustentam alguns doutrinadores, como Osmar Tognolo⁴⁹ e até o Supremo Tribunal Federal, como visto no RE 195.056-1/PR, decisão retrotranscrita, as questões tributárias e previdenciárias seriam de natureza disponível, além do que, se tivessem de ser enquadradas em uma das hipóteses de tutela coletiva, subsumir-se-iam aos interesses individuais homogêneos. Nessa toada, o entendimento seria o de que o Ministério Público teria legitimidade *ad processum* para tutelar tais direitos somente quando estes se referissem a uma relação de consumo, o que não restaria configurado naquelas hipóteses do dispositivo legal. Segundo eles, não se confundem a relação tributária com a relação de consumo. E por conta disso, não estaria o Ministério Público autorizado a ajuizar demanda coletiva. Nas palavras de Tognolo:

Assim, ausente qualquer relação de consumo no ato estatal de exigir tributos e, no da sociedade, de pagá-los, não podem ser confundidas as figuras de consumidor, destinatário da proteção a que se refere a Lei nº 8.087/90, e de contribuinte, sujeito passivo da relação tributária e responsável pelo pagamento do tributo. Não havendo relação de consumo e inexistente, via de consequência, o consumidor, incabível a invocação do inc. II, art. 1º, da Lei nº 7.347/85 para justificar a propositura de ACP em matéria tributária⁵⁰.

b) Da desclassificação para direitos exclusivamente individuais

Outro argumento levantado por parte da doutrina⁵¹ apela pela divisibilidade e disponibilidade do direito do contribuinte em face da cobrança indevida pelo Estado. De acordo com essa tese, o direito em questão não seria sequer individual homogêneo, mas tão somente exclusivamente individual, o qual poderia ser pleiteado ou não pelo contribuinte lesado, conforme a sua disponibilidade. Sustenta-se, ainda, que o direito individual do contribuinte não poderia ser homogêneo em virtude da heterogeneidade característica dos tributos, isto é, na medida em que há

⁴⁹ TOGNOLO, Osmar *apud* SUTTER, Bárbara, et al. **Da utilização da ação civil pública em matéria tributária.** Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1022>. Acesso em 07 jul. 2014.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ JANCZESKI, Célio Armando *apud* SUTTER, Bárbara, et al. **Da utilização da ação civil pública em matéria tributária.** Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1022>. Acesso em 07 jul. 2014.

“níveis diferentes de tributação (tributos progressivos, seletivos ou proporcionais)”⁵², o que impediria a classificação para direitos homogêneos, motivo pelo qual seria incabível a propositura de ação civil pública nesse sentido.

c) Da impossibilidade de ação civil pública funcionar como ação direta de inconstitucionalidade

Por fim, um último argumento também utilizado é a usurpação da função da ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) pela ação civil pública⁵³. Isto porque, assim como naquela, a decisão proferida em sede de ação coletiva tem efeitos *erga omnes*, e, no caso de se suscitar a inconstitucionalidade de tributo em ação civil pública, a qual seria julgada por juízo monocrático, estar-se-ia substituindo, ou, ainda, esvaziando a ação direta de constitucionalidade, a qual, por sua vez, é de competência originária do Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, pela ação civil pública, o juiz monocrático faria as vezes do STF ao decidir pela inconstitucionalidade da exação. É o que defende Vinícius Caldas da Gama e Abreu:

Uma das grandes impropriedades do uso da ação civil pública ocorre quando ela usurpa funções inerentes à ação direta de inconstitucionalidade. E é exatamente o que acontece quando a ação civil pública é usada para afastar cobrança de tributo inconstitucional⁵⁴.

3.3. DA IMPUGNAÇÃO À VEDAÇÃO IMPOSTA PELA LEI

Como se verá neste tópico, os argumentos aduzidos no item anterior não merecem prosperar. Basta nos orientarmos pelos princípios processuais aqui já expostos, dentre eles, o acesso à justiça e a não taxatividade; determo-nos em uma das finalidades a que o processo coletivo se serve e, por fim, aferirmos a constitucionalidade da famigerada Medida Provisória, para entendermos que a concepção do instituto do processo coletivo mais consentânea com o modelo de

⁵² Ibidem.

⁵³ ABREU, Vinícius Caldas da Gama e *apud* SUTTER, Bárbara, et al. **Da utilização da ação civil pública em matéria tributária**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1022>. Acesso em 07 jul. 2014.

⁵⁴ Ibidem.

Estado emoldurado pela Constituição Federal vigente não somente autoriza, mas prevê a possibilidade de se pleitear coletivamente a tutela jurisdicional nas questões tributárias e previdenciárias. Primeiro, replicaremos os argumentos outrora colacionados, para depois adentrarmos noutras teses que impugnam a alteração legislativa.

a) Da legitimidade do Ministério Público

O argumento adotado por tribunais de que o Ministério Público não teria legitimidade para ajuizar demanda coletiva em matéria tributária e previdenciária, além de resvalar na melhor doutrina sobre o processo coletivo, viola atribuições do próprio *Parquet*, senão vejamos. Quanto à doutrina, já foi disposto no capítulo anterior que o microsistema do processo coletivo é formado basicamente pela Constituição Federal, a Lei de Ação Civil Pública e o Código do Consumidor. Tais normas são integradas e interdependentes, como prevê o artigo 90 do CDC, tais diplomas “assumem-se incompletos para aumentar a flexibilidade e durabilidade em uma realidade pluralista complexa e muito dinâmica⁵⁵. Desta forma, as disposições do Título III serão objeto de ação civil pública, ainda que não se trate de discussão de relação de consumo. Em outras palavras, em virtude dessa intertextualidade entre ambos os diplomas considerados, é possível tutelar via ação civil pública os direitos individuais homogêneos que versem sobre outras relações jurídicas que não somente as de consumo, bastando que para isso tenha ocorrido uma lesão que sirva de liame entre o fato e determinado grupo de indivíduos. Lembre-se de que o artigo 81 do CDC estabelece tutela coletiva “não só em face das relações jurídicas de consumo, mas também no âmbito de todo e qualquer direito material constitucional coletivo”⁵⁶.

Esse entendimento é suficiente para que não somente o Ministério Público, mas também qualquer legitimado coletivo possa ajuizar ação civil pública em prol desses direitos. Mas, como o alvo aqui é o Ministério Público, a sua atribuição fica

⁵⁵ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 9 ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 48.

⁵⁶ SANTOS, Graziela Cunha. **A legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública para a defesa dos direitos individuais homogêneos**. Disponível em: <http://www.speretta.adv.br/pagina_indice.asp?iditem=986>. Acesso em 07 jul. 2014.

ainda mais patente se considerarmos que, enquanto não houver a liquidação e execução da sentença coletiva, os direitos individuais homogêneos são indisponíveis e indivisíveis⁵⁷ subsumindo-se ao comando constitucional previsto no artigo 127, de que cabe ao Órgão Ministerial a defesa “da ordem jurídica, do regime democrático e dos **interesses sociais e individuais indisponíveis**”.

Além disso, ainda estaria clara a possibilidade de o Ministério Público ajuizar demanda coletiva em matéria tributária em virtude da competência a ele atribuída pela Lei Complementar 75/93 (Estatuto do Ministério Público). Por força do artigo 5º:

Art. 5º. São funções institucionais do Ministério Público da União:

(...)

II – zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos:

a) ao sistema tributário, às limitações do poder de tributar, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e **aos direitos do contribuinte**; (grifou-se)

Do mencionado dispositivo, é possível afirmar que o *Parquet* tem o dever de zelar pela ordem tributária, mesmo que na defesa dos contribuintes. Assim entenderam diversos juristas, tanto processualistas quanto tributaristas, como Nelson Nery, Hugo Mazzili e Antonio Prudente⁵⁸.

Ora, num caso concreto, a cobrança indevida de determinada exação fere o direito do contribuinte ao recolhimento devido do tributo. Está patente o interesse público pela correta exação. E a sua cobrança indevida gera lesão a um número considerável de pessoas, configurando um direito individual homogêneo pela reparação do dano causado pelo ilícito estatal. Corroborando, Prudente afirma 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 consequente evento tributário, 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

⁵⁷ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. 9 ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 71.

⁵⁸ Mencionados por Didier Jr. e Zaneti Jr *in* **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. 9 ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 282.

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, II, 'a' e 'd' e XII, da Lei Complementar 75/93⁵⁹.

Como bem resumiram Barbara Sutter *et al.*⁶⁰, embora embasado em interesse individual homogêneo, a sustação do tributo indevido é de interesse social, pela dimensão do dano e a quantidade de pessoas afetadas pelo dano, estando presente a relevância social do bem jurídico tutelado decorrente da ordem jurídica tributária nacional.

b) Da existência de interesse social nas matérias vedadas pela lei

Foi tratado no capítulo anterior que o processo coletivo é na verdade um processo do interesse público. O interesse público, também como já vimos, diz respeito à “preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade⁶¹”. Estamos falando do interesse público primário. Já foi demonstrado na alínea anterior que não há dúvidas de que existe o interesse social quanto à correta cobrança do tributo, como também há interesse social no recebimento dos benefícios previdenciários. Não obstante tenha sido levantado, como outrora mencionado, o argumento de que em matéria tributária e previdenciária haveria exclusivamente interesse individual, não é possível olvidar da marcante presença de interesse público no presente caso. O direito individual só surgiria quando da liquidação e execução da sentença coletiva. Mas, reitere-se, até esse momento, os direitos são indisponíveis e indivisíveis; são tratados coletivamente.

Concordar com a tese de que seriam meros direitos individuais seria o mesmo que ovacionar a prevalência do interesse subjetivo do Estado (interesse secundário) sobre o interesse público (primário). Dessa forma já entendia João Batista de

⁵⁹ PRUDENTE, Antonio Souza *apud* SUTTER, Bárbara, et al. **Da utilização da ação civil pública em matéria tributária.** Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1022>. Acesso em 07 jul. 2014.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil:** processo coletivo. 9 ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 33.

Almeida, ao se posicionar contra aquela decisão proferida pelo STF no RE 195.056-1/PR, que a sustação da cobrança do tributo indevido é de claro interesse social, evidenciado pela dimensão e característica do dano, já que atinge um grande número de contribuintes⁶².

c) Da possibilidade de controle difuso de constitucionalidade por meio de ação civil pública

O último argumento contrário ao ajuizamento de ação civil pública em matéria tributária e previdenciária seria a do esvaziamento da ação direta de inconstitucionalidade. Ao que parece, essa tese teria como fundamento principal – senão o único – a previsão de eficácia *erga omnes* conferida à ação civil pública pelo artigo 16 da lei. Mas é verdade também que a ação civil pública se distingue, e muito, da ADIn. A começar pelo objeto, a ação civil pública não se presta a inquirir de maneira *principaliter* a inconstitucionalidade de uma norma, como o faz a ação direta de inconstitucionalidade. Sem dizer que o artigo 16, malgrado objeto de odiosa alteração legal⁶³, deixa claro que, apesar de ter a sentença coletiva eficácia *erga omnes*, é certo que se limita à competência territorial do órgão prolator.

Ademais, é de se considerar que ação civil pública culmina numa decisão de efeitos concretos, ou seja, materializáveis no plano fático, ainda que concernente a uma coletividade de pessoas⁶⁴, porquanto se constitui de tutelas condenatórias, mandamentais ou executivas, o que não ocorre com as ações diretas de constitucionalidade, de caráter abstrato.

Não obstante, é reconhecido controle difuso de constitucionalidade por meio de ação civil pública uma vez que o juízo de constitucionalidade possa ser realizado

⁶² ALMEIDA apud DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 9 ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2014. p.283.

⁶³ A lei 9.494/97 restringiu a eficácia territorial da sentença coletiva, sendo alvo de críticas de muitos doutrinadores, dentre eles, Marcelo Abelha Rodrigues. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação Civil Pública** in DIDIER JR., Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

⁶⁴ VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **O controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública**. Jus Navegandi. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10951/o-controle-de-constitucionalidade-em-sede-de-acao-civil-publica>>. Acesso em 10 jul. 2014.

*incidenter tantum*⁶⁵. Assim, já entendeu o Supremo, em sede Reclamação 600-0/90-SP:

7. Na ação civil pública, ora em julgamento, dá-se controle de constitucionalidade da Lei nº 8024/1990, por via difusa. Mesmo admitindo que a decisão em exame afasta a incidência de Lei que seria aplicável à hipótese concreta, por ferir direito adquirido e ato jurídico perfeito, certo está que o acórdão respectivo não fica imune ao controle do Supremo Tribunal Federal, desde logo, à vista do art. 102, III, letra b, da Lei Maior, eis que decisão definitiva de Corte local terá reconhecido a inconstitucionalidade de lei federal, ao dirimir determinado conflito de interesses. Manifesta-se, dessa maneira, a convivência dos dois sistemas de controle de constitucionalidade: a mesma lei federal ou estadual poderá ter declarada sua invalidade, quer, em abstrato, na via concentrada, originariamente, pelo STF (CF, art. 102, I, a), quer na via difusa, *incidenter tantum*, ao ensejo do desate de controvérsia, na defesa de direitos subjetivos de partes interessadas, afastando-se sua incidência no caso concreto em julgamento. 8. Nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo federal ou local.

(STF - RECL: 600-0/90-SP, Relator: NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, acórdão publicado em 1997).

3.3.1. Da inconstitucionalidade da vedação imposta pela lei

Outro apontamento que deve ser feito a respeito da vedação imposta pela mencionada Medida Provisória em ajuizamento de ação civil pública em matéria tributária e previdenciária está na sua inconstitucionalidade. É mister demonstrar que essa vedação está eivada de inconstitucionalidade, tanto no aspecto formal quanto no material. Senão vejamos.

A inconstitucionalidade formal consiste na não observância a determinados procedimentos previstos constitucionalmente, como, por exemplo, na formação de uma lei, ou de qualquer outro ato normativo. Conforme explica Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco⁶⁶, "os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência". E, conforme prevê a Constituição Federal:

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1061.

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.

§1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I – relativa a:

(...)

b) direito penal, processual penal **e processual civil.**

(...)

Ora, o problema aqui reside justamente no fato de a Medida Provisória 2.180-35 alterar dispositivos que, como disse, são de cunho processual. É flagrantemente inconstitucional, deixando claro que a decisão do Estado não se baseou em critérios legais ou justos, mas eminentemente políticos. Fica evidente a legislação em causa própria, com o Executivo Federal excedendo a sua competência normativa constitucionalmente estabelecida para atender o interesse secundário do Estado de não sucumbir perante os direitos dos contribuintes em juízo.

Para agravar a situação, o dispositivo é também materialmente inconstitucional. Recorrendo-se mais uma vez às lições dos constitucionalistas já mencionados⁶⁷, esse tipo de inconstitucionalidade vai mais além, isso porque afeta o conteúdo normativo, isto é, contraria princípios e regras consagrados na Carta Magna. Trata-se da incompatibilidade da lei com os princípios e fins constitucionalmente previstos. Se vivemos na era da jurisdição constitucional, onde encontramos a primazia e a supremacia da Constituição em face das demais normas do Ordenamento Jurídico⁶⁸, é certo que tais normas infraconstitucionais não devem prevalecer.

Trouxemos à baila alguns princípios que norteiam o processo coletivo, dentre eles o acesso coletivo à justiça e a não taxatividade. Aqui vale mencionar o dito popular, de que a medida provisória “matou dois coelhos numa só cajadada”. O ato

⁶⁷ Ibidem, p. 1063.

⁶⁸ Segundo Mello Jr., “a matiz da jurisdição constitucional é a defesa da Constituição e controle de constitucionalidade das normas frente a ela. Para isso, variante de sistema para sistema, há uma definição de método eficiente hábil e capaz de instrumentalizar a atividade da função. É o processo constitucional. JJ. Gomes Canotilho chama de justiça constitucional (...)”. MELLO JR, Adolpho C. de Andrade. **Apontamentos sobre jurisdição constitucional.** Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11_95.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2014. p. 97.

do Executivo Federal, de uma só vez, não só esfacelou o princípio da não taxatividade, como também restringiu o acesso coletivo à justiça. Conforme já exposto, pelo princípio da atipicidade, seria possível ao legitimado coletivo ajuizar a ação que melhor tutelasse qualquer direito coletivo. Dessa forma o CDC, em seu artigo 83, e a LACP, em seu artigo 1º, IV, nada mais fez que parafrasear a norma do artigo 129, III, da Constituição Federal. O parágrafo único, em detrimento do mandamento constitucional, veda a tutela via ação civil pública para matérias tributárias e previdenciárias, de forma que não se pode mais proteger qualquer direito coletivo.

E como se não bastasse, o parágrafo único vai contra tudo o que propuseram Cappelletti e Garth, na segunda onda do acesso à justiça, cuja ideia era justamente criar mecanismos capazes de permitir a melhor representatividade desses novos direitos perante o Judiciário⁶⁹. Vale transcrever a doutrina de Mazzilli:

O parágrafo único do art. 1º da LACP, introduzido pela Medida Provisória n.º 2.180-35/01, fere, pois, a regra constitucional de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito - não só o direito individual como o coletivo. Considerando que o sistema processual clássico não viabiliza a defesa judicial em caso de lesões difusas, coletivas ou individuais homogêneas, a Constituição de 88 instituiu o acesso coletivo à jurisdição, garantia que tem a mesma índole que a referente ao acesso individual. Suprimida que fosse a possibilidade de acesso coletivo, inúmeras lesões transindividuais ficariam efetivamente sem proteção judicial, pois o acesso individual em casos de lesões fragmentárias é simplesmente inviável⁷⁰.

Outros doutrinadores também criticam veementemente a aplicação do parágrafo único, contestando o autoritarismo do Estado, que não confere à tutela coletiva a mesma efetividade no que diz respeito ao acesso à justiça que é conferido na seara individual, sendo certo que a vedação imposta resvala no inciso XXXV do artigo 5º da CF, restringindo sobremaneira o acesso coletivo à justiça⁷¹.

⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editores, 1988. p. 49-52.

⁷⁰ SUTTER, Bárbara, et al. **Da utilização da ação civil pública em matéria tributária**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1022>. Acesso em 07 jul. 2014.

⁷¹ Ibidem.

Outrossim, não é demais dizer aqui que a restrição do acesso coletivo à justiça resvala num dos princípios norteadores da Teoria dos Direitos Fundamentais, qual seja, o princípio da vedação ao retrocesso. Esse princípio funciona como limite à reforma legislativa que atinja negativamente os direitos assim considerados – fundamentais e sociais – já conquistados pela sociedade, norma essa amparada pela dignidade da pessoa humana, pelos princípios da confiança e segurança jurídica, e, ainda, pelo “princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, o Estado Social, como responsável pela prestação dos direitos sociais, entre outros fundamentos axiológicos a fundamentar o princípio”⁷². Impende considerar também que, embora não arrolado no artigo 5º, o direito de defesa do contribuinte é direito fundamental alcançado pela vedação ao retrocesso, previsto em vários dispositivos constitucionais, como o artigo 150⁷³, sendo certo que o artigo 5º não esgota os direitos fundamentais, mas estes estão espalhados por toda a Constituição, como já afirmaram Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco sobre os direitos do contribuinte:

Na ADI-MC 939, o Supremo entendeu que o princípio da anterioridade, ligado ao poder de tributar, embora constando em lugar outro que o catálogo do artigo 5º da Constituição, consubstancia um direito fundamental (...), sendo, por isso, cláusula pétrea (...)⁷⁴

Nesse sentido, não só o acesso coletivo à justiça, mas também o direito de defesa do contribuinte, ambos direitos fundamentais, não foram acobertados pela vedação ao retrocesso, isso porque, antes da edição da Medida Provisória, admitia-se o ajuizamento de ação civil pública discutindo tributos, a exemplo do Recurso Especial nº 49.272-6-RS, julgado em 21/09/1994, pelo Superior Tribunal de Justiça. Com o acréscimo do parágrafo único, o STJ acabou alinhando-se ao entendimento – político – do Supremo Tribunal Federal. Resumindo, a alteração encabeçada pelo Executivo Federal não obedeceu à vedação ao retrocesso. Pelo contrário, ela

⁷² SILVA JUNIOR, Luiz Carlos da. **O princípio da vedação ao retrocesso social no ordenamento jurídico brasileiro**: uma análise pragmática. Jus Navegandi. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24832/o-principio-da-vedacao-ao-retrocesso-social-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em 09 jul. 2014.

⁷³ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (...)”.

⁷⁴ MENDES, Gilmar; et al. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 272.

retrocedeu, diminuindo o direito que antes os contribuintes tinham de serem representados coletivamente na defesa de seus interesses.

Bem sintetizou Nelson Nery Jr., ao se manifestar pela inconstitucionalidade da referida vedação:

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 2.180-35⁷⁵.

3.3.2. A proteção coletiva para os hipossuficientes

Como explica Vasconcellos Neto, o processo coletivo é um instrumento para levar o amplo acesso à justiça a todos, principalmente aos hipossuficientes – em sentido econômico ou intelectual⁷⁶. É o que Mauro Cappelletti chamou de carentes organizacionais⁷⁷, que seriam aqueles que apresentam algum tipo de vulnerabilidade em face do tipo de relação jurídica a que o sujeito está inserido. Desta forma, diversos diplomas legais trabalham orientados com essa noção de vulnerabilidade, como é o caso do consumidor em face do fornecedor, e o caso do empregado em face do empregador.

No que diz respeito, contudo, à relação entre Estado e cidadão, esta não é analisada pela hipossuficiência do cidadão, mas sim observada pelo poder do Estado em face do cidadão. Em outras palavras, entre a Administração e o administrado, a relação não é focada com base na vulnerabilidade do administrado,

⁷⁵ NERY JR. Nelson *apud* DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 9 ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 284.

⁷⁶ VASCONCELOS NETO, Francisco das Chagas. **O amplo acesso à justiça e a eficácia político-social da tutela coletiva**. Processos Coletivos. 2012. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/doutrina/36-volume-3-numero-3-trimestre-01-07-2012-a-30-09-2012/1005-o-amplo-acesso-a-justica-e-a-eficacia-politico-social-da-tutela-processual-coletiva>>. Acesso em: 07 jul. 2014.

⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro *apud* VASCONCELOS NETO, Francisco das Chagas. **O amplo acesso à justiça e a eficácia político-social da tutela coletiva**. Processos Coletivos. 2012. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/doutrina/36-volume-3-numero-3-trimestre-01-07-2012-a-30-09-2012/1005-o-amplo-acesso-a-justica-e-a-eficacia-politico-social-da-tutela-processual-coletiva>>. Acesso em: 07 jul. 2014.

mas na detenção do interesse público pelo ente estatal, de modo que se distancia da ideologia pela qual se orientam o Direito do Consumidor e o do Trabalho, por exemplo. O Direito Tributário se orienta na mesma perspectiva adotada no Direito Administrativo, para legitimar sua invasão no patrimônio do contribuinte, recolhendo-lhe os tributos necessários ao custeamento do aparelho e estatal, bem como as finalidades a que o Estado se propôs. Mas, ainda assim, não é demais observar a existência de vulnerabilidade do contribuinte em detrimento do ente público, justamente devido ao reconhecido poderio estatal que decorre da cessão voluntária de poder do cidadão ao Estado⁷⁸. Uma vez que cede tamanho poder ao Estado, fica o cidadão-contribuinte vulnerável. Para tanto, foi dada pela Constituição Federal a inviolabilidade do direito de defesa do contribuinte, e nesse sentido, Cezar Britto e Marcus Coelho afirmam que:

O diploma legal, corolário do direito de defesa e decorrência do estado de direito, proclama a liberdade do cidadão de se defender diante do autoritarismo, da arrogância, da perseguição, da má-fé, da incompetência ou do simples erro do Estado. Afirma a prevalência dos direitos humanos em oposição ao discurso da intolerância⁷⁹.

Esse direito de defesa visa a proteger e a garantir o equilíbrio democrático entre cidadão e Estado. Nada mais é que um corolário do acesso à justiça, de modo que é permitido ao contribuinte se defender pela via jurisdicional contra as abusividades praticadas pelo agente estatal.

Partindo do pressuposto, então, de que o contribuinte é hipossuficiente, e que o processo coletivo surge como instrumento de acesso à justiça aos hipossuficientes em sentido amplo, nada mais justo e consentâneo com os direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal que potencializar o direito de defesa do contribuinte, transportando-o a uma situação na qual uma gama de contribuintes é lesada por ato decorrente do poder fiscal do Estado; é de se falar em processo coletivo em matéria tributária, não fazendo sentido, portanto, insistir em uma vedação inconstitucional sobre ajuizamento de ação coletiva sobre a matéria.

⁷⁸ ROSSEAU, Jean Jaques. **Do Contrato Social**. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000. p. 35.

⁷⁹ COELHO, Sérgio Neves. **Da legitimidade do Ministério Público para propositura de ação civil pública na defesa de interesses de contribuintes**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Temas_Diversos/Doutrina_Temas_Diversos/22-legitimidadedoMP.htm>. Acesso em 10 jul. 2014.

Já se tem falado em Código de Defesa do Contribuinte⁸⁰. Tramita NO Congresso Nacional o projeto de Lei Complementar nº 38/2007, de iniciativa do Deputado Federal Sandro Mabel que visa à proteção dos direitos e garantias dos contribuintes⁸¹. E, felizmente, importante salientar, o referido projeto prevê, em seu artigo 47, que “a defesa dos direitos e garantias dos contribuintes poderá ser exercida administrativamente ou em juízo, individualmente **ou a título coletivo**”. Se aprovado, o referido projeto promete restaurar a amplitude que outrora tinha o acesso coletivo à justiça, que ainda hoje é ameaçado pela medida provisória inconstitucional.

⁸⁰ OLIVEIRA, Marcella Gomes de; KNOERR, Fernando Gustavo. **O processo tributário e a vulnerabilidade do contribuinte.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=af3b6a54e9e9338a>>. Acesso em 09 jul. 2014.

⁸¹ O referido projeto foi desarquivado, encontra-se na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, desde 16/02/2011. Consulta disponível no site <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347286>>.

4. CONCLUSÃO

Por meio deste trabalho, percebeu-se a importância que o processo coletivo tomou como instrumento para tutelar os direitos de terceira dimensão, quais sejam, os direitos coletivos, dentre eles, os direitos sociais, o interesse público de forma geral. O processo coletivo ressurgiu com as mudanças ocorridas principalmente a partir do novo contexto social e político concebidos na segunda metade do século XX, como resposta ao modelo de Estado liberal até então vigente, somado às inúmeras violações aos direitos humanos ocorridas na época, o que levou a uma preocupação com os direitos fundamentais do homem, além do fenômeno da massificação das comunidades, a era da sociedade de massas.

O processo coletivo, então, pretende-se como meio para veicular demandas coletivas para apreciação do Judiciário. E por tutelar uma categoria diferenciada de direitos, ou seja, por ter objeto peculiar daqueles tutelados na seara individual, tais particularidades devem ser observadas no direito processual, o que lhe faz tornar um ramo distinto do direito processual, sob a égide de princípios gerais do processo, e de alguns que lhe são específicos. Nesse sentido, merece destaque o princípio do acesso coletivo à justiça, que é a verdadeira razão de ser do processo coletivo, isto é, o desenvolvimento da tutela coletiva nada mais é que o alargamento do princípio do acesso à justiça, uma ampliação do acesso à justiça para abarcar esses novos direitos, do que se chamou de segunda onda do acesso à justiça. Dessa forma, pelo acesso coletivo à justiça, os interesses coletivos reclamam inovações nas instituições jurídicas para que sejam devidamente tuteladas.

E o microsistema de processo coletivo brasileiro vem como forma de atender a esse clamor. Formado pela Constituição Federal, pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei de Ação Civil Pública, é o processo coletivo brasileiro um dos maiores referenciais nos países *civil law*. O microsistema revela uma nova tendência do Direito, que vem primando pela intertextualidade dos diplomas legais que a compõe, de modo que todos os dispositivos relativos aos direitos coletivos se comunicam e se complementam entre as normas ora mencionadas.

A importância da tutela coletiva aumenta na medida em que se entende que tal instrumento serve à proteção do interesse público primário, porquanto representa em juízo interesses metaindividuais, seja de um determinado grupo, seja de toda uma sociedade. Pelo fato de ter angariado essa atribuição de tutela do interesse público, as ações coletivas têm sido assunto na doutrina no que diz respeito ao ativismo judicial, porquanto as decisões ali prolatadas determinam o cumprimento de políticas públicas constitucionalmente estabelecidas, muitas vezes, porém, relegadas pela própria Administração.

Diante da importância que o processo coletivo tomou nas últimas décadas, e, ainda, em favor do texto original da Lei de Ação Civil Pública, a qual respeitava o princípio da não taxatividade das ações coletivas, previsto na Constituição Federal, não faz sentido algum, pelo menos no que diz respeito ao interesse público primário, restringir a tutela coletiva nos casos que envolvam tributos ou direito previdenciário. A vedação imposta pelo parágrafo único do artigo 1º da lei visou ao interesse do Estado enquanto sujeito de direitos, olvidando-se, contudo, de que esse interesse secundário deve servir-se ao interesse primário. A legislação em prol do próprio Estado, além de ferir formalmente a Carta Maior, vez que medida provisória não pode veicular matéria processual (art. 62, §1º, I, *b*), esfacela dois importantes princípios constitucionais, que são o da atipicidade e, por via reflexa, o acesso à justiça. Ademais, dessa flagrante inconstitucionalidade material, vê-se que o princípio da vedação ao retrocesso, que norteiam os direitos fundamentais, também foi violado. Isso porque, considerando que a defesa do contribuinte e os interesses coletivos em sentido amplo são direitos fundamentais e, considerando, ainda, que os direitos fundamentais estão espalhados por toda a Constituição, e não somente no seu artigo 5º, a redação original da Lei de Ação Civil Pública não fazia qualquer restrição de matéria a ser apreciada por esse instrumento, de modo que a vedação superveniente se mostra claramente como retrógrada.

A despeito dessas críticas, os tribunais superiores ainda reproduzem a justificativa dada pela edição da medida provisória 2.180-35/2001, aduzindo a ilegitimidade do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública nesses casos, por serem direitos individuais homogêneos e não se referir a relação de consumo; sendo cediço, entretanto, que os direitos individuais homogêneos não se limitam ao CDC, mas a toda e qualquer fato coletivo, além de considerar que o

Ministério Público tem atribuição legal e constitucional de primar pela ordem tributária, em que se inclui a defesa dos contribuintes, os quais são vulneráveis na relação tributária, motivo este que deixa ainda mais forçosa a presença da tutela coletiva.

Foi visto também que há legítimo interesse público nos casos de processos coletivos envolvendo matéria tributária e previdenciária, na medida em que há a expectativa da sociedade de que o ente público se valha de maneira adequada de seu poder fiscal, rechaçando, assim, o argumento de que tais casos diriam respeito somente a direitos exclusivamente individuais. E, por fim, não devemos nos olvidar de que não há usurpação da ação direta de inconstitucionalidade pela ação civil pública, visto que, quando se ataca a inconstitucionalidade de algum ato, esta é não é questão *principaliter*, mas sim *incidenter tantum*, além de considerar que os efeitos da sentença são distintos, havendo, no máximo, a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade pela ação coletiva.

Diante do exposto, as restrições impostas à tutela coletiva não podem prosperar, por irem fatalmente de encontro à Constituição e contra os direitos desenvolvidos e angariados pela sociedade. E, a despeito do entendimento encampado parte da doutrina e da jurisprudência, já é possível vislumbrar um movimento doutrinário consentâneo não só com a legitimidade do Ministério Público para ajuizar demandas coletivas em matéria tributária e previdenciária, mas também da plena possibilidade de ajuizamento de ação civil pública pelos legitimados adequados sobre tais questões. Reflexo disso é a proposta de um Código de Defesa do Contribuinte (Projeto de Lei Complementar nº 38/2007), no qual se prevê o ajuizamento de ação coletiva para a tutela de relação jurídica tributária, pode ser, também, uma promessa para resgatar a amplitude do acesso à justiça que antes tínhamos, e que foi egoisticamente tolhida pelo Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Bruno Cunha de. **Ofensa à Garantia Constitucional do Amplo Acesso à Justiça**: a competência para impetração do mandado de segurança individual. Originalmente apresentado como tese de monografia, Universidade Federal de Juiz de Fora, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito/3>>. Acesso em 09 jul. 2014.

BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 21 maio 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em 07 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 410**. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo410.htm>>. Acesso em: 11 jul. 2014.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**. v. 82. São Paulo, 1996. p. 92-151. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Class%20action%20e%20direito%20brasileiro.pdf>>. Acesso em 10 jul. 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Ações coletivas e o poder público**. Processos Coletivos. 2010. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/revista-eletronica/22-volume-1-numero-5-trimestre-01-10-2010-a-31-12-2010/105-aco-es-coletivas-e-o-poder-publico>>. Acesso em 09 jul. 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Réquiem para a ação civil pública**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/17170-17171-1-PB.htm>>. Acesso em 07 jul. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública**: comentários por artigo (Lei nº 7.347, de 24/7/85). 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COELHO, Sérgio Neves. **Da legitimidade do Ministério Público para propositura de ação civil pública na defesa de interesses de contribuintes**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Temas_Diversos/Doutrina_Temas_Diversos/22-legitimidadedoMP.htm>. Acesso em 10 jul. 2014.

DIDIER JR, Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. 6 ed. Salvador: JvsPodium, 2013.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 9 ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2014.

DINIZ, Braulio Gomes Mendes. **A contribuição das doutrinas italiana e norte-americana para o modelo brasileiro de ação coletiva**. Conteúdo Jurídico. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-contribuicao-das-doutrinas-italiana-e-norte-americana-para-o-modelo-brasileiro-de-acao-coletiva,45229.html>>. Acesso em 23 jul. 2014.

Estado, instituições e democracia: república / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília: Ipea, 2010. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/livro09_estadoinstituicoes_vol1.pdf>. Acesso em 08 jul. 2014.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MACHADO, Joana de Souza. **Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**. Originariamente apresentado como dissertação de mestrado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB4QFjAA&url=http%3A%2F%2F150.162.138.7%2Fdocuments%2Fdownload%2F903%3Bjsessionid%3D2FD2B905AB137F56A483FFC1E4CA56EF&ei=GumyU7HXJqfPsATRuYCYBQ&usg=AFQjCNFeetMjQvFwY4ba3vxEgMUzMrOB_Q&sig2=MhFCEoE_D0doR_CxJ5PEBw&bvm=bv.70138588,d.cWc>. Acesso em 12 jul. 2014.

MAMEDE, Mateus Lúcio. **Constitucionalidade e inconstitucionalidade, proteção das diretrizes constitucionais e os tipos de constitucionalidade**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11234&revista_caderno=9>. Acesso em 08 jul. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEDRADO, Daniel Lopes. **A tutela dos direitos metaindividuais em matéria tributária através da ação civil pública**. Via Jus. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=867&idAreaSel=15&seeArt=yes>>. Acesso em 07 jul. 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

MELLO JR, Adolpho C. de Andrade. **Apontamentos sobre jurisdição constitucional**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11_95.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Marcella Gomes de; KNOERR, Fernando Gustavo. **O processo tributário e a vulnerabilidade do contribuinte**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=af3b6a54e9e9338a>>. Acesso em 09 jul. 2014.

REAFIRMADA jurisprudência sobre ilegitimidade do MP para questionar tributos em defesa dos contribuintes. **Supremo Tribunal Federal**. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=237772>>. Acesso em 08 jul. 2014.

ROSSEAU, Jean Jaques. **Do Contrato Social**. Tradução e notas de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000.

SANTOS, Edywan Dias dos. **Correção do FGTS: direito ou mito**. Juris Way. 2013. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=12306>. Acesso em 09 jul. 2014.

SANTOS, Graziela Cunha. **A legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos**. Disponível em <http://www.speretta.adv.br/pagina_indice.asp?iditem=986>. Acesso em 11 jul. 2014.

SARAIVA (Org). **Vade Mecum**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA JUNIOR, Luiz Carlos da. **O princípio da vedação ao retrocesso social no ordenamento jurídico brasileiro**: uma análise pragmática. Jus Navegandi. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24832/o-principio-da-vedacao-ao-retrocesso-social-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em 09 jul. 2014.

STJ confirma a abrangência nacional da Ação Civil Pública do Idec contra o Banco do Brasil. **Idec**. 2013. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/em-acao/em-foco/stj-confirma-a-abrangencia-nacional-da-aco-civil-publica-do-idec-contr-o-banco-do-brasil>>. Acesso em 08 jul. 2014.

SUTTER, Bárbara, et al. **Da utilização da ação civil pública em matéria tributária**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1022>. Acesso em 07 jul. 2014.

VASCONCELOS, Antônio Gomes de; et al. O processo coletivo e o acesso à justiça sob o paradigma do estado democrático de direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, julho a dezembro, 2013. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_12a_edicao.pdf> Acesso em 07 jul. 2014.

VASCONCELOS NETO, Francisco das Chagas. **O amplo acesso à justiça e a eficácia político-social da tutela coletiva**. Processos Coletivos. 2012. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/doutrina/36-volume-3-numero-3-trimestre-01-07-2012-a-30-09-2012/1005-o-amplo-acesso-a-justica-e-a-eficacia-politico-social-da-tutela-processual-coletiva>>. Acesso em: 07 jul. 2014.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. **O controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública**. Jus Navegandi. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10951/o-controle-de-constitucionalidade-em-sede-de-acao-civil-publica>>. Acesso em 10 jul. 2014.