

A RESTRIÇÃO DA TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DE NATUREZA TRIBUTÁRIA E O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

*THE RESTRICTION OF THE PROTECTION OF INDIVIDUAL HOMOGENEOUS RIGHTS OF
TAX NATURE AND THE FUNDAMENTAL RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE*

Luciano Picoli Gagno

Doutor em Direito Processual pela USP. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV.
Professor de Processo Civil na UVV e FESV. Advogado.
E-mail: luciano.gagno@uvv.br

Mariana Santos Camara Gomes

Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Vila Velha.
Bolsista de Iniciação Científica pela Universidade Vila Velha.
E-mail: marianascg@gmail.com.

Recebido em: 19/12/2018

Aprovado em: 07/05/2019

RESUMO: O presente artigo tem o escopo principal de analisar a restrição existentesobre a utilização de ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos de natureza tributária, contrapondo-ao direito fundamental de acesso à justiça e trazendo à baila, especialmente, o parágrafo único do art. 1º da Lei de Ação Civil Pública, introduzido no ordenamento jurídico pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, bem como a interpretação dos tribunais superiores, antes e depois da vigência do referido diploma normativo. Para realizar este trabalho, foi utilizado o método dedutivo por meio de pesquisa exploratória bibliográfica e documental, dentre artigos científicos, legislação, jurisprudência e doutrinas jurídicas. Assim, o desenvolvimento foi distribuído em três seções, sendo que a primeira trabalha os aspectos gerais da tutela coletiva, destacando as espécies de interesses ou direitos coletivos, bem como os legitimados e os efeitos da coisa julgada, visando à situação do leitor no particular sistema jurídico das ações coletivas. O segundo seleciona e apresenta alguns importantes julgados a fim de trazer o posicionamento dos tribunais superiores, em especial do STJ, acerca do tema, para, finalmente, chegarmos a terceira e última seção, que traz a análise crítica, à luz do direito fundamental do acesso à justiça, foco principal deste trabalho. As considerações finais dão conta de que o parágrafo único do art. 1º da Lei de Ação Civil Pública vai totalmente de encontro com o direito fundamental de acesso à justiça, o que releva a sua flagrante inconstitucionalidade. Paralelamente, considerando-se a realidade fática e jurídica existente, sepropôs que, diante do referido texto normativo, que nunca foi declarado inconstitucional, se alcance, ao menos, uma aplicação reduzida, que restrinja minimamente a tutela dos direitos de natureza tributária, com o objetivo principal de se permitir, em caráter difuso, a proteção dos contribuintes contra a cobrança indevida de tributos.

Palavras-chave: Acesso à justiça; tutela coletiva; direitos individuais homogêneos; direito tributário.

ABSTRACT: The present article has the main scope of analyzing the restriction on the use of class actions to protect individual homogeneous rights of a tax nature, opposing it to the fundamental right of access to justice and highlighting the sole paragraph of the Art. 1 of the Public Civil Action Law, introduced in the legal system by Provisional Measure nº 2,180-35 / 2001, as well as the interpretation of the higher courts, before and after the validity of said normative act. To perform this work, the deductive method was used through exploratory bibliographical and documentary research, among scientific articles, legislation, jurisprudence and legal doctrines. Thus, the development was distributed in three sections, the first one working the general aspects of the class actions, highlighting the species of interests or collective rights, as well as the legitimated and the effects of *res judicata*, aiming to situate the reader in the particular system of class actions. The second selects and presents some important judgments in order to bring the position of the superior courts, especially the STJ, on the subject, to finally arrive at the third and last section, which brings the critical analysis, based on the fundamental right of the access to justice, the main focus of this work. The final considerations are that the sole paragraph of art. 1 of the Public Civil Action Law goes completely against the fundamental right of access to justice, showing his explicit unconstitutionality. At the same time, in view of the legal and factual reality, it was proposed that, in view of the aforementioned normative text, which has never been declared unconstitutional, reach at least a reduced application, that restrict in minimal measure the protection of tax rights, with the main objective of permit, on a diffuse basis, a protection of the taxpayers against the improper collection of taxes.

Keywords: Access to justice; collective protection; homogeneous individual rights; tax law.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Aspectos gerais da tutela coletiva; 3 A restrição concernente a questões tributárias cujos beneficiários possam ser identificados e o posicionamento do STJ sobre o assunto; 4 Uma análise crítica sob a ótica do Direito Fundamental de acesso à justiça; 5 Considerações Finais; 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O sistema processual coletivo brasileiro se molda essencialmente na distinção estrutural entre as espécies de direitos metaindividuais, quais sejam, difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, porque essas categorias condicionam diretamente o regime da legitimidade para agir, a abrangência da coisa julgada, e outros institutos fundamentais.

Os processos coletivos se revelam essencialmente imprescindíveis no cenário de abarrotamento de demandas em que se encontra o Judiciário, com processos que se arrastam por muitos anos. Para se ter uma ideia, o Conselho Nacional de Justiça divulgou, na 14ª edição do Relatório Justiça em Números, de 2018, que, em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 12.519 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2017, sendo que, neste indicador, são computados somente os processos de conhecimento e de execução de títulos extrajudiciais, excluindo, portanto, da base de cálculo, as execuções judiciais iniciadas (BRASIL, 2018a).

Isso se traduz em mais de 20 milhões de novas demandas anualmente, que contribuem para o atual acervo de mais de 100 milhões de processos, sendo que mais de um terço das novas demandas ajuizadas envolvem os cem maiores litigantes, destacando-se dentre eles a fazenda pública (União, Estado e Municípios), bancos e empresas de telefonia (BRASIL, 2012, p. 7, 10 e 14).

Assim, sabendo-se que a justiça tardia já falhou, todos os esforços devem ser empreendidos em busca de uma justiça célere e segura, e como muitas demandas são repetitivas, seja porque visam a tutela de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos, os processos coletivos se apresentam como uma excelente ferramenta para ajudar a reverter esse quadro, com o objetivo de se garantir um efetivo acesso à justiça.

Contudo, esbarra-se no seguinte problema: o maior responsável por causas repetitivas é o Estado, que, além disso, arrasta lides por longos anos e, por vezes, cria diplomas normativos tentando impedir julgamentos coletivos sobre teses que lhe são desfavoráveis. É o que ocorre no parágrafo único do artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública que dispõe que: “não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados” (BRASIL, 1985).

Nesse cenário, a pergunta que se coloca é: como a aplicação da referida norma poderia ser compatibilizada com o direito fundamental de acesso à justiça, colidindo com ele na menor medida possível?

A referida norma, além de prejudicar o acesso à justiça, trata de disposição de caráter eminentemente político e que tão somente protege aos interesses secundários do Estado e da fazenda pública em detrimento dos interesses da coletividade, configurando, portanto, uma restrição à tutela dos direitos individuais homogêneos de natureza tributária.

Destarte, este artigo busca, precipuamente, analisar os limites impostos pelo legislador e pela jurisprudência para a tutela coletiva no âmbito do direito tributário, contrapondo-os com o direito fundamental de acesso à justiça e, por conseguinte, constituem objetivos específicos deste trabalho:

- a) analisar o entendimento dos tribunais superiores, em especial do STJ, acerca da possibilidade das ações coletivas versarem sobre a tutela dos direitos de natureza tributária, antes e depois da entrada em vigor do parágrafo único do artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública (BRASIL, 1985);
- b) investigar sobre a (in)constitucionalidade dessa norma à luz de princípios constitucionais e, especialmente, sob o ponto de vista do direito fundamental de acesso à justiça;
- c) por último, propor soluções que contribuam para viabilizar a tutela destes direitos por meio de ações coletivas, sem a necessidade de declaração de inconstitucionalidade da norma, já que os tribunais não acenam com tal possibilidade.

Para tanto, foi utilizado o método dedutivo, por meio de pesquisa exploratória bibliográfica e documental, dentre artigos científicos, legislação, jurisprudência e doutrinas jurídicas, com o principal objetivo de, considerando-se a realidade fática e jurídica existente, se propor, ao final, que o referido diploma normativo, por não ter sido declarado inconstitucional, receba uma aplicação minimizada, para permitir ações coletivas visando, ao menos, a cessação de cobrança de tributos indevidos, ainda que nesses casos se consiga determinar alguns beneficiários individuais, tendo em vista o caráter difuso de tal tutela, que beneficia a todos os contribuintes, efetivos ou em potencial.

2 ASPECTOS GERAIS DA TUTELA COLETIVA

A partir do final da década de 70, as ações de classe do direito norte-americano (*class actions*), cujas origens são das cortes medievais inglesas, influenciaram boa parte do mundo, trazendo à tona a importância da discussão acerca de novas formas de resolução de conflitos não individuais, as quais serviram de base para o estudo da tutela coletiva (REZENDE; TEIXEIRA; SANTOS, 2017, p. 42-64).

Nesse cenário, os professores Mauro Cappelletti e Bryant Garth desenvolveram estudos

acerca das chamadas ondas renovatórias, na pesquisa conhecida como “Projeto de Florença” (MENDES, 2015, p. 275-309). Deste projeto, teve lugar a constatação de três ondas renovatórias, sendo: a primeira relacionada à ampliação da assistência judiciária gratuita, a segunda relacionada à valorização da tutela dos interesses supraindividuais e a terceira ao desenvolvimento de técnicas processuais combinadas, mediante o aperfeiçoamento da legislação processual, incluindo a simplificação e racionalização de procedimentos, conciliação, justiça mais acessível e participativa. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 67).

Destarte, o presente artigo encontra arrimo na segunda onda em que foi constatado que alguns interesses pertencentes ao corpo social eram destituídos de representantes aptos a ajuizar ação em seu nome, sendo imprescindível, portanto, a coletivização desses direitos.

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 18).

Havia, portanto, a necessidade de criar mecanismos para tutelar esses direitos metaindividuais, o que também influenciou a edição de alguns diplomas normativos no Brasil, que já havia experimentado algo com a edição da Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65 – BRASIL, 1965), considerada o primeiro instrumento voltado à tutela de alguns direitos difusos (patrimônio público). Em seguida, veio a Lei nº 6.938/81 disposta sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, dentre outras providências, tais como a responsabilidade civil para os agentes poluidores do meio ambiente e a legitimidade do Ministério Público para postular ação em defesa dos recursos naturais (BRASIL, 1981).

Em sequência, com a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85 – BRASIL, 1985), o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90 – BRASIL, 1990) e outras que, somadas, resultam em um microsistema processual coletivo (REZENDE; TEIXEIRA; SANTOS, 2017, p. 42-64), pode-se falar na consolidação da tutela dos direitos coletivos, o que, ainda assim, não exclui os riscos de retrocessos.

Seguindo o mesmo viés, o constituinte originário de 1988, dispôs em seu art. 5º não só a tutela de direitos individuais, mas também coletivos, além de reafirmar estes em diversos outros dispositivos, dentre os quais: arts. 8º, III, 127, caput, 129, III, 134, 225, todos da CR/88 (REZENDE; TEIXEIRA; SANTOS, 2017, p. 42-64).

Em apertada síntese, pode-se fixar uma dupla finalidade ao modelo de tutela coletiva dos direitos, quais sejam, tutelar os novos direitos (direitos de grupo) e resolver os litígios repetitivos com mais celeridade e segurança.

Tutela jurisdicional coletiva é a proteção que se confere a uma situação jurídica coletiva ativa (direitos coletivos lato sensu de um grupo de pessoas) ou a efetivação de situações jurídicas (individuais ou coletivas) em face de uma coletividade (grupo), que seja titular de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres ou estados de sujeição coletivos) (Didier Junior e Zaneti Junior, 2017, p. 34).

Dentro do microsistema processual coletivo, saliente-se que, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, foi acrescentado à Lei de Ação Civil Pública o art. 21 dispondo que: “[...] aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais,

no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor” (BRASIL, 1985).

Evoluindo nessa análise, vislumbra-se que o CDC, nesse sistema, se apresenta não apenas reconhecendo direitos materiais, mas também dispendo acerca de diversos institutos extremamente relevantes ao sistema processual coletivo brasileiro. Nessa senda, o CDC trouxe sob o título “Da Defesa do Consumidor em Juízo”, a definição dos legitimados ativos das ações coletivas, bem como a extensão da coisa julgada nas ações coletivas (BRASIL, 1990).

Coube também ao CDC elencar e conceituar as espécies de direitos coletivos, quais sejam, direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos, conforme se verifica nos incisos do art. 81, os quais são analisados a seguir (BRASIL, 1990).

Os titulares dos direitos difusos não têm, entre si, uma relação jurídica base, sendo eles pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, tais como a publicidade enganosa, a proteção ao meio-ambiente e a preservação da moralidade administrativa (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2017, p. 73-74; GRINOVER, WATANABE; NERY JUNIOR, 2011, p. 71-73). Por pertencerem a uma coletividade, tais direitos são transindividuais e, além disso, têm natureza indivisível, pois só podem ser considerados como um todo (GAGNO; SANTOS, 2017, p. 357).

Já os direitos coletivos *stricto sensu* também são transindividuais e de natureza indivisível, mas, ao contrário do supracitado, os titulares deste grupo, embora indeterminados, são determináveis, eis que existe uma relação jurídica base anterior à lesão sofrida, ou seja, referem-se a direitos “[...] de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (BRASIL, 1990). Grinover, Watabane e Nery Junior (2011, p. 73) trazem, como exemplo, o grupo de pessoas dos contribuintes do imposto de renda que possui uma relação jurídica base com o fisco.

Quanto aos direitos individuais homogêneos, estes diferem dos anteriores por serem individuais e, portanto, divisíveis, mas, não obstante tais características, em razão da existência de uma origem comum, de fato ou de direito, são passíveis de serem tutelados a título coletivo (GAGNO; SANTOS, 2017, p. 357).

Da atenta leitura do artigo seguinte, 82 do CDC (BRASIL, 1990), depreende-se o rol dos legitimados extraordinários para as ações coletivas e, de plano, percebe-se que estes não vão a juízo na defesa de interesse próprio, de modo que a legitimação no processo coletivo é conceitualmente denominada de extraordinária. Acrescente-se que, a legitimação coletiva também é regulada, especificamente, na Lei de Ação Popular (BRASIL, 1965) e na Lei de Ação Civil Pública (BRASIL, 1985).

Notadamente, essa legitimação apresenta características bastante peculiares, dentre as quais, Didier Junior e Zaneti Junior (2017, p. 197-198) conseguem exprimir de maneira bastante concisa e precisa:

- a) está regulada, inicialmente, por lei (art. 5º da Lei nº 7.347/85; art. 82 do CDC etc.), podendo ser aferida em concreto a presença da adequada representação; é conferida a entes públicos, privados e despersonalizados, e, até, ao cidadão, na ação popular; c) o legitimado coletivo atua em nome próprio na defesa de direitos que pertencem a um agrupamento humano (pessoas indeterminadas, comunidade, coletividade ou grupo de pessoas, titulares de direitos individuais abstratamente considerados, na forma do art. 81 do CDC e seus incisos); d) esse agrupamento humano não tem personalidade judiciária, portanto não pode atuar em juízo para proteger os seus direitos, cuja defesa cabe aos legitimados coletivos, que possuem legitimação autônoma, exclusiva e concorrente e disjuntiva ou simples.

Importante consignar que uma das características que compõe o devido processo legal

coletivo brasileiro é a litigação de interesse público, o que implica em necessária intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, em obediência ao art. 178, I, do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015) e, principalmente, em cumprimento à sua função institucional expressa no art. 129, III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 (BRASIL, 1988).

Nessa linha, também são os dispositivos dos artigos 82, I e 92, do CDC (BRASIL, 1990), artigo 5º, I e §1º, da Lei de Ação Civil Pública (BRASIL, 1985), bem como no artigo 6º, §4º, da Lei de Ação Popular (BRASIL, 1965), dos quais se depreende que a atuação do Ministério Público é obrigatória como *custus legis*, quando não atuar como autor.

Ainda acerca da legitimação nos processos coletivos, Gagno e Vargas (2018, p. 125 e 132-133) destacam a “representatividade adequada” que em sua origem, nas *class action* estadunidense, se relaciona às características dos advogados que atuarão na causa, com destaque para a competência, experiência e demais condições para conduzir uma demanda coletiva. No Brasil, verifica-se que esse conceito foi, de certo modo, importado quando da análise da legitimidade de Associações genéricas, em que o STJ inadmitte a atuação dessas nos casos em que não se observa pertinência temática entre o fim para que foi criada e o direito que se pretende pleitear em juízo, dado a sua generalidade de objeto (GAGNO; VARGAS, 2018, p. 132-133).

Grinover, Watanabe e Nery Junior (2011, p. 179-182) destacam ser imprescindível a análise da “representatividade adequada”, pois, conforme já esclarecido, aquele que detem a capacidade de estar em juízo e efetivamente exerce o contraditório na defesa de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, via de regra, não é o titular do direito coletivo em litígio.

Nessa senda, cumpre destacar as pessoas que serão atingidas pela decisão judicial e para quem ela será imutável, ou seja, apontar os efeitos da coisa julgada, instituto que, nos processos coletivos, em relação aos processos individuais, tem regime próprio e, para melhor compreendê-la nesta seara, sua análise deve estar pautada sob três óticas: “[...] a) os *limites subjetivos* – quem se submete à coisa julgada; b) os *limites objetivos* – o que se submete aos seus efeitos; c) e o *modo de produção* – como ela se forma” (DIDIER JUNIOR & ZANETI JUNIOR, 2017, p. 423).

Os autores acima ensinam que, com relação aos limites objetivos, o regime jurídico da coisa julgada coletiva não tem particularidades, de modo que segue a regra geral, mas, no que tange aos limites subjetivos, o comportamento do efeito da coisa julgada varia de acordo com a espécie de direito coletivo que se pretende tutelar, pois cada uma delas possui natureza diversa (DIDIER JUNIOR & ZANETI JUNIOR, 2017, p. 423). Nesse sentido, os efeitos da coisa julgada nas ações que tratam de direitos difusos – grupo composto por pessoas indeterminadas – e coletivos *stricto sensu* – grupo composto por pessoas determináveis – são, respectivamente, *erga omnes* e *ultra partes*, e, neste caso, limitada ao respectivo grupo, categoria ou classe. Contudo, a coisa julgada só terá tais efeitos se a imporcedência for baseada na suficiência de provas, pois, caso contrário, os efeitos serão somente entre as partes, de modo que uma demanda mal instruída não impede a rediscussão do assunto por outros legitimados coletivos (SANTOS, 2014, p. 98-119).

No que concerne aos direitos individuais homogêneos, o legislador optou pela aplicação da eficácia *erga omnes* somente nos casos de procedência do pedido, sendo prescindível a questão da quantidade ou qualidade da prova (SANTOS, 2014, p. 98-119).

Assim, verifica-se que, quanto ao *modo de produção*, a coisa julgada nas ações que tutelam direitos difusos e coletivos *stricto sensu* são *secundum eventum probationis*, enquanto que as que tutelam direitos individuais homogêneos são *secundum eventum litis* (GAGNO; SANTOS, 2017, p. 358-359 e 367).

Estas premissas, aliadas ao art. 103, §3º, do CDC (BRASIL, 1990), traduzem uma dinâmica bastante favorável no plano individual, já que o indivíduo pode valer-se da coisa julgada coletiva para proceder à liquidação do seu crédito e executar a decisão.

Isso significa que se, por um lado, a sentença coletiva de *improcedência* do pedido não produz efeitos na esfera individual, não prejudicando as pretensões individuais (art. 103, §1º, CDC), por outro, a sentença de procedência nas ações para tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* poderá ser liquidada e executada no plano individual sem a necessidade de um novo processo para a afirmação do *an debeatur* (o que é devido) (Didier Junior e Zaneti Junior, 2017, p. 430).

Neste cenário, busca-se na seção seguinte, analisar alguns julgados dos tribunais superiores, especialmente do STJ, previamente selecionados, que tratam particularmente sobre o cerne deste artigo, qual seja, a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos de natureza tributária.

3 A RESTRIÇÃO CONCERNENTE A QUESTÕES TRIBUTÁRIAS CUJOS BENEFICIÁRIOS POSSAM SER IDENTIFICADOS E O POSICIONAMENTO DO STJ SOBRE O ASSUNTO

A Lei de Ação Civil Pública sofreu uma alteração legislativa importante com a Medida Provisória nº 2.180-35/2001 que incluiu no art. 1º o parágrafo único com a seguinte redação:

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados (BRASIL, 1985).

Apesar disso, importante consignar que, antes dessa alteração, os tribunais superiores debatiam constantemente a viabilidade da tutela coletiva de todos direitos individuais homogêneos. Via de regra, esses direitos somente poderiam ser tutelados por ações coletivas se os seus titulares sofressem danos na condição de consumidores (REsp 177.804/SP, Rel. Ministro José Delgado – BRASIL, 1998) e o Ministério Público, por exemplo, somente seria legitimado, além desses casos, se restasse configurado interesse social relevante (RMS 8785/RS, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro – BRASIL, 1997).

Assim, antes mesmo da edição da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, raramente era admitida a possibilidade de se ajuizar Ação Civil Pública se os direitos individuais homogêneos fossem de natureza tributária, mas quando o era, seria pelo reconhecimento do interesse social relevante nessas questões.

Processual Civil. Ação Civil pública para defesa de interesses e direitos individuais homogêneos. Taxa de Iluminação Pública. Possibilidade. A Lei n. 7.347, de 1985, e de natureza essencialmente processual, limitando-se a disciplinar o procedimento da ação coletiva e não se entremostra incompatível com qualquer norma inserida no Título III do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). E Princípio de Hermenêutica que, quando uma lei faz remissão a dispositivos de outra Lei de mesma hierarquia, estes se incluem na compreensão daquela, passando a constituir parte integrante do seu contexto. O artigo 21 da Lei n. 7.347, de 1985 (inserido pelo artigo 117 da Lei n. 8.078/90) estendeu, de forma expressa, o alcance das Ação Civil Pública a defesa dos interesses e “direitos individuais homogêneos”, legitimando o Ministério Público, extraordinariamente e como substituto processual, para exercitá-la (artigo 81, parágrafo único, III, da Lei 8.078/90). **Os interesses individuais, “in casu”, (suspensão do indevido pagamento de taxa de iluminação pública),**

embora pertinentes a pessoas naturais, se visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses da coletividade como um todo, impondo-se a proteção por via de um instrumento processual único e de eficácia imediata – “a ação coletiva”. O incabimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, eis que, as leis municipais nºs 25/77 e 272/85 são anteriores a Constituição do Estado, justifica, também, o uso da Ação Civil Pública, para evitar as inumeráveis demandas judiciais (Economia Processual) e evitar decisões incongruentes sobre idênticas questões jurídicas. Recurso Conhecido e Provido para afastar inadequação, no caso, da Ação Civil Pública e determinar a baixa dos autos ao Tribunal de origem para o julgamento do mérito da causa. Decisão unânime. (REsp 49.272/RS, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 21/09/1994, DJ 17/10/1994, p. 27868 – BRASIL, 1994)

Em rumo convergente se apresentam os autores que identificam nos direitos individuais homogêneos uma essência de direitos coletivos, tendo em vista o impacto que a tutela coletiva dos mesmos gera para a sociedade e para a justiça, conforme se observa no seguinte trecho:

Assim, não se pode continuar afirmando serem esses direitos estruturalmente direitos individuais, sua função é notavelmente mais ampla. Ao contrário do que se afirma com foros de obviedade não se trata de direitos acidentalmente coletivos, mas de direitos coletivizados pelo ordenamento para os fins de obter a tutela jurisdicional constitucionalmente adequada e integral. (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2017, p. 80-81)

Não obstante, desde então, da análise das decisões dos tribunais superiores, verifica-se que cada vez mais era restringida a possibilidade de se pleitear a tutela dos direitos individuais homogêneos de natureza tributária (BRASIL, 1999).

Posteriormente à edição da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, os tribunais superiores, então, passaram a rechaçar a possibilidade de ajuizamento de Ação Civil Pública para a tutela de direitos individuais homogêneos de natureza tributária com o novo fundamento legal citado acima, qual seja, o parágrafo único do art. 1º da Lei de Ação Civil Pública (BRASIL, 1985).

Contudo, analisando a referida norma em cotejo com as decisões do Superior Tribunal de Justiça – STJ percebe-se que as ações tributárias coletivas não foram nem poderiam ser absolutamente vedadas. Nessa toada, destacam-se alguns precedentes que serão apresentados a seguir para que, logo após, seja feita uma análise crítica global do posicionamento do Colendo Tribunal citado.

Inicialmente, destacam-se os Recursos Especiais nº 776.857/RJ (BRASIL, 2005b) e nº 776.848/RJ (BRASIL, 2005a), ambos de relatoria do Ministro Luiz Fux e interpostos pelo Município de Resende, cujos julgamentos ocorreram no mesmo dia 16 de dezembro de 2008.

No primeiro caso, tratava-se de demanda de Ação Popular, ajuizada em 23 de maio de 2003, por José Maria Ribeiro e outros, visando a anulação do Decreto Municipal nº 062/2003 que regulamentou a cobrança de Contribuição de Iluminação Pública, instituída por lei municipal, bem como a restituição dos valores indevidamente recolhidos pelo município (BRASIL, 2005b).

Na ocasião, o STJ consignou que a Ação Popular não se presta à defesa de interesses particulares, tampouco de interesses patrimoniais individuais, ainda que homogêneos, já que o objeto destas ações é sempre o patrimônio das entidades públicas, não se confundindo com o patrimônio público em geral (BRASIL, 2005b).

O precedente ignorou o fato, que a Ação Popular não se presta apenas a proteção patrimonial da administração pública, servindo com importância constitucional para a tutela da moralidade administrativa (GAGNO; COUTO, 2018, p. 635), que se mostra fragilizada quando

se fala na cobrança indevida de tributos por parte da fazenda.

Ainda assim, com base nessas razões, o STJ julgou extinto o processo sem resolução do mérito pela inadequação da via eleita pelos autores populares, de modo que foi negada, ainda que indiretamente, pela não análise do mérito, tanto a possibilidade de se pedir a nulidade do decreto – o que impediria cobranças futuras –, quanto a restituição de valores eventualmente cobrados de forma indevida (BRASIL, 2005b).

O segundo caso também era uma Ação Popular, ajuizada por Roberto Araújo Junior, que pleiteava a suspensão da eficácia do mesmo Decreto Municipal nº 62/2003 a fim de excluir-se das faturas de consumo de energias elétricas dos contribuintes do Município de Resende o valor relativo à Taxa de Iluminação Pública, alegando sua inconstitucionalidade.

O juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido para Declarar a nulidade do Decreto Municipal nº 62/2003, com eficácia *ex tunc*, e extinguiu o feito, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, incisos VI, do CPC, ao fundamento de carência da ação, no tocante ao pedido de condenação do Município de Resende/RJ à devolução ao erário dos valores indevidamente percebidos a título de contribuição de iluminação pública. Por fim, julgou improcedente o pedido de condenação de Eduardo Meohas (Prefeito do Município de Resende/RJ) ao ressarcimento dos valores indevidamente recebidos pelo Município de Resende (BRASIL, 2005a).

O Município foi quem interpôs o Recurso Especial alegando, no mérito, violação dos arts. 1º da Lei 4.747/65 e 267, VI do CPC/73 e a inadequação da via eleita, ante a suposta inexistência dos requisitos da ilegalidade e moralidade, bem como a impossibilidade jurídica do pedido, aduzindo restar vedado o controle difuso de constitucionalidade de lei municipal em sede de ação popular (BRASIL, 2005a).

Em que pese o acórdão anteriormente mencionado versar sobre o mesmo Decreto, do mesmo Município e ter sido julgado no mesmo dia, neste caso o STJ não deu provimento ao Recurso interposto pelo Município. De plano, o inteiro teor do acórdão destaca que, de fato, não cabe ao dispositivo da decisão declarar a inconstitucionalidade, em sede de ação popular, de lei ou ato normativo, em razão de seus efeitos *erga omnes*, o que implicaria na usurpação da competência do STF, todavia, caberia o controle incidental, para que na fundamentação fosse examinada tal questão, com eficácia *inter partes* (BRASIL, 2005a).

Além disso, o fundamento principal foi de que o ato impugnado era puramente administrativo. Nesse raciocínio, explica que o referido Decreto só é Lei em sentido formal, mas que, materialmente, se equipara aos atos administrativos, motivo pelo qual pode ser impugnado por ação popular ou por mandado de segurança. Ademais, assentou que a questão foi apreciada à luz do princípio da legalidade e da violação à moralidade administrativa, em razão de lesão ao erário decorrente de cobrança indevida de taxa de iluminação pública, já declarada inconstitucional pelo STF (BRASIL, 2005a).

Nesse sentido, sobre a admissibilidade da ação popular, ensina MEIRELLES que:

Dentre os atos ilegais e lesivos ao patrimônio público pode estar até mesmo a lei de efeitos concretos, isto é, aquela que já traz em si as conseqüências imediatas de sua atuação, como a que desapropria bens, a que concede isenções, a que desmembra ou ou cria municípios, a que fixa limites territoriais e outras dessa espécie. (1998, p. 118)

Outro precedente que se destaca para este artigo é o acórdão proferido no Recurso Especial nº 1.387.960/SP, de relatoria do Ministro Og Fernandes, interposto por Oswaldo Ribeiro Junqueira Neto, que sustentou a ilegitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública com o objetivo de discutir matéria tributária e foi julgado em 22 de maio de 2014

(BRASIL, 2013).

Nesse caso, a ação originária tratava-se de Ação Civil Pública que pugnava a declaração de nulidade dos lançamentos relacionados às Taxas de Remoção de Lixo (TRL) no ano de 2006, em Orlandia/SP, cujos valores de cobrança seriam superiores aos custos do serviço prestado e, conseqüentemente, pretendia a condenação do ex-Prefeito pela prática de ato de improbidade, por ofensa ao princípio da legalidade, bem como o ressarcimento aos contribuintes dos valores excessivos cobrados indevidamente (BRASIL, 2013).

O Recurso Especial foi provido em parte, pois reconheceu a legitimidade do Ministério Público apenas no tocante à ação de improbidade, em que a controvérsia tributária figura como causa de pedir, e não como pedido principal. Quanto aos demais pedidos, assentou ser o Ministério Público ilegítimo ante a vedação expressa prevista no parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/85 (BRASIL, 2013).

Nesse caso, ainda que a tutela tenha se dado em parte, percebe-se que, sobre o pedido de nulidade dos lançamentos relativos à taxa, houve a superação de uma perspectiva dogmática estanque, que classificasse tudo como difuso ou individual, por uma compreensão adequada e moderna da importância, econômica e social, dos efeitos proporcionados pela tutela coletiva, “voltados para a instrumentalidade, para a adequação da teoria geral do direito à realidade hodierna e, dessa forma, para a sua proteção pelo Poder Judiciário” (DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR, 2017, p 82), atribuindo-lhe “caráter explicitamente ampliativo” (DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR, 2017, p 82), em consonância com os princípios típicos do processo coletivo (GRINOVER, 2007, p 12).

Em outro caso, no Recurso Especial nº 1.367.947/RJ, a Relatoria foi do Ministro Benedito Gonçalves e a data do julgamento foi 16 de junho de 2014. Inicialmente, a Associação Nacional de Assistência ao Consumidor e Trabalhador ajuizou Ação Civil Pública com o objetivo de afastar a cobrança do IPTU com base em alíquotas progressivas, incidente sobre os imóveis de seus associados, a qual foi julgada procedente (BRASIL, 2011).

Contudo, o Município de Volta Redonda ingressou com ação rescisória, que foi julgada procedente, para desconstituir a decisão de procedência mencionada, com o fundamento de ilegitimidade da associação para promover ação coletiva versando sobre matéria tributária, motivo pelo qual o mencionado Recurso Especial foi interposto pela respectiva associação. O Recurso Especial foi provido, privilegiando a segurança jurídica e a coisa julgada conforme o trecho destacado a seguir transcrito, do Voto do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Parece-me, ainda, oportuno assinalar – *pondo nisso a nota de especial destaque* – que ao presente caso não tem aplicabilidade, ao que entendo, o disposto no parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/85, introduzido pela MP 2.180-35/2001, de 24 de agosto de 2001, porquanto, quando sobreveio essa restrição ao cabimento da Ação Civil Pública, excluindo do seu âmbito *as pretensões que envolvam tributos*, já se encontrava proposta e julgada a ACP cogitada nestes autos; em outros termos, a lide aqui exposta já estava instalada, com a entidade associativa no seu polo ativo, *de modo que a referida alteração não poderia alcançá-la* (BRASIL, 2011).

Mais recentemente, o Recurso Especial nº 1.491.614/PR foi julgado em 19 de setembro de 2017 e teve Relatoria do Ministro Og Fernandes. Na origem, o Sindicato da Indústria do Mobiliário e Marcenaria do Estado do Paraná propôs Ação Civil Pública em desfavor da Eletrobrás e da União pugnando a devolução do valor integral relativo ao empréstimo compulsório incidente sobre o consumo de energia elétrica, com a devida correção monetária, bem como dos juros compensatórios reflexos, os quais seriam devidos aos associados do Autor (BRASIL, 2014).

Contudo, o juízo de primeiro grau extinguiu o feito, sem resolução de mérito, por suposta

utilização inadequada da via eleita e o Tribunal de origem negou provimento à Apelação – o fundamento foi a inadmissibilidade de matéria tipicamente tributária por meio de Ação Civil Pública por vedação expressa no parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/1985 (BRASIL, 2014).

Interposto o Recurso Especial nº 1.491.614/PR, o STJ destacou que, apesar da legislação, de fato, obstar o ajuizamento de ação civil pública para discutir questões tributárias quando os beneficiários podem ser individualmente determinados, a mera devolução dos valores oriundos de empréstimos compulsórios possui nítido caráter administrativo, o que afastaria o óbice do dispositivo supracitado, motivo pelo qual ao Recurso Especial foi dado provimento (BRASIL, 2014).

Destaca-se, por fim, o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de ser legítimo o Ministério Público para ajuizar Ação Civil Pública a fim de anular Termo de Acordo de Regime Especial – TARE, pois entende que, no caso, o bem que se objetiva tutelar é a defesa do erário e da higidez do processo de arrecadação tributária e não a defesa de interesses dos contribuintes.

[...] a ação civil pública ajuizada contra o citado TARE não estaria limitada à proteção de interesse individual, mas abrangeria interesses metaindividuais, pois o referido acordo, ao beneficiar uma empresa privada e garantir-lhe o regime especial de apuração do ICMS, poderia, em tese, implicar lesão ao patrimônio público, fato que, por si só, legitimaria a atuação do *parquet*, tendo em conta, sobretudo, as condições nas quais celebrado ou executado esse acordo (CF, art. 129, III). (BRASIL, 2010).

Nesses casos, de anulação de TARE, incontestavelmente se tem a tutela de direitos difusos, com uma indeterminabilidade dos beneficiários (MENDES, 2010, p. 214 e 224), já que os efeitos do ato impactam diretamente sobre a arrecadação da fazenda, e não sobre o valor do tributo pago pelos cidadãos, pelo menos *a priori*, já que tais atos preveem regimes especiais para determinados contribuintes, em prejuízo do erário e da sociedade.

Após tais análises jurisprudenciais, a seção seguinte é destinada a promover uma análise crítica do entendimento ora esposados, à luz do direito fundamental do acesso à justiça, discorrendo, para tanto, sobre a (in)constitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/1985 (BRASIL, 1985) para, ao final, propor soluções que minimizem sua aplicação, a fim de viabilizar da melhor maneira possível a tutela coletividade direitos de natureza tributária.

4 UMA ANÁLISE CRÍTICA SOB A ÓTICA DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Inicialmente, deve-se destacar que o “Acesso à justiça”, embora não seja um conceito simples de ser delimitado, não restam dúvidas de que a sua concretização passa necessariamente por uma ordem jurídica justa (WATANABE, 1988, p. 128-129), um provimento efetivo, harmonioso com o Direito, oriundo de um processo legítimo, que tenha obedecido aos postulados do devido processo legal, trilhando, assim, o caminho para que seja concretizado o que se entende por justiça conforme os valores de uma sociedade (BLANCO, 2012, p. 90-94).

Segundo Miguel Reale, Justiça não se confunde com normas que traduzem valores, nem mesmo com aqueles que mais dignificam o homem, mas sim deve ser vista como a condição primeira de todos os valores. “Ela vale para que todos os valores valham” (2007, p. 375). Entende, assim, sem pretensão de alcançar uma ideia definitiva de justiça, que esta é condicionante de todos os valores jurídicos e funda-se no valor da pessoa humana, valor-fonte de todos os valores (REALE, 2007, p. 375).

Fixada essa premissa, fica fácil observar que o acesso à justiça não se limita ao direito acessar o Poder Judiciário, eis que deve ser entendido como “o acesso a uma determinada ordem

de valores e direitos fundamentais para o ser humano” (Rodrigues, H. W., *apud* Harada, K., 1998, p. 53-61).

Nessa linha de raciocínio, é indubitável que o papel do Poder Judiciário e do Estado-Juiz é extremamente relevante na busca da consolidação do efetivo acesso à justiça (GAGNO, 2018, p. 432), devendo a sua atuação ser pautada em prestações positivas, em sentido estrito e normativo (ALEXY, 2008, p. 442), que dialogue com toda a oferta constitucional de princípios e garantias.

No âmbito constitucional, embora não esteja positivado expressamente o direito de acesso à justiça, é incontroverso que este é imprescindível à consagração do Estado de Direito, podendo ser hermenêuticamente extraído de diversas normas expressas que consagram direitos e garantias. Nessa esteira, encontra fundamento, por exemplo, no art. 5.º, incisos XXXIV, “a” (direito de petição), XXXV (inafastabilidade da jurisdição) e LIV (devido processo legal) da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (GAGNO, 2010, p. 16-18).

Ocorre que, nos dias de hoje, as demandas judiciais quantitativamente crescem de forma exponencial, o que representa um acúmulo de demandas e culmina em um Judiciário cada vez mais lento, com processos judiciais que se arrastam por anos até uma decisão definitiva, indo em direção diametralmente oposta ao que se espera de um verdadeiro acesso à justiça, que tem como valor fundamental a duração razoável do processo.

Como muitas demandas são repetitivas, seja porque visam à tutela de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos, os processos coletivos se apresentam como uma excelente ferramenta para ajudar a reverter esse quadro, em direção à um efetivo acesso à justiça, com maior celeridade e sem perda de segurança, já que produzem resultados mais abrangentes (BARBOSA MOREIRA, 1994, p. 128-129. BARBOSA MOREIRA, 1983, p. 77-78), sobre bens e interesses que não seriam tutelados pelo modelo individual de processo (ALEXANDER, 2000, p. 1).

Assim sendo, quaisquer diplomas normativos que limitem desnecessariamente as ações coletivas são, *a priori*, cerceadores desse acesso à justiça, o que implica inevitavelmente em uma inconstitucionalidade. É exatamente o que se verifica no parágrafo único do art. 1º da Lei de Ação Civil Pública, incluída pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, que representa uma verdadeira restrição da tutela dos direitos individuais homogêneos de natureza tributária.

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 (BRASIL, 1985).

Desde a promulgação da Constituição, que não restringiu o rol de direitos coletivos a serem tutelados pela Ação Civil Pública, tampouco a legitimidade ativa do Ministério Público nestas ações, pelo contrário, pois ampliou o âmbito de utilização das ações populares (BRASIL, 1988), passando pela entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, que ampliou o rol dos legitimados (BRASIL, 1990), e a Lei nº 11.448 de 2007, que trouxe ainda mais legitimados ao art. 5º da Lei nº 7.347/85 (BRASIL, 1985), o que se verifica é que o legislador buscou dar o maior alcance possível à tutela coletiva, eis que sua relevância está intimamente relacionada ao acesso à justiça, não comportando, portanto, interpretação restritiva, mormente quando não há do outro lado, um valor constitucional de igual relevo que pudesse justificar tal restrição, já que o interesse público primário jamais justificaria a limitação do objeto da ação civil pública, para excluir pretensões de índole tributária sobre direitos individuais homogêneos.

Nesse ponto, abre-se espaço para se destacar que os direitos fundamentais, pelo seu arquétipo principiológico, devem ser tratados como mandados de otimização, ou seja, como uma ordem para que um determinado objetivo seja alcançado na maior medida das possibilidades fáticas e jurídicas existentes (ALEXY, 2008, p. 90). Isso porque, eventualmente, não existirão

esses meios fáticos ou haverá conflitos jurídicos para satisfazer um determinado princípio, eis que este pode colidir com outro.

Nesses casos, sempre que houver conflito entre princípios colidentes, cabe ao operador do direito o exercício de ponderação, diante das circunstâncias do caso concreto, para ver qual princípio irá preponderar naquele caso e fazer uma análise da proporcionalidade para que o princípio preterido também não seja sacrificado de maneira desnecessária (ALEXY, 2008, p. 93-96).

Fixada essa premissa, bem como a de que o acesso à justiça é um direito fundamental, logo um mandado de otimização, que impõe que seja realizado na maior medida das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, quando é criada uma lei que restringe esse acesso, cria-se uma inviabilidade jurídica injustificável, na medida em que não se baseia em outro princípio constitucional de igual relevo.

Assim sendo, a restrição ora analisada parece estar na contramão desta evolução das ações coletivas, sem qualquer motivação aparente que pudesse justificar a sua inserção no ordenamento jurídico, já que é pacífico o entendimento de que as ações coletivas abarcam não apenas os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, mas também os individuais homogêneos.

“[...] a Medida Provisória, desde sua décima oitava reedição, deixou bem claro que nem o Ministério Público, nem ninguém que possa constar do rol do art. 5º da Lei nº 7.347/85 pode ajuizar ações civis públicas para questionar tributo algum. Por quê? Porque a ação civil pública, para tal finalidade, não cabe. E ponto. Está vedado este caminho processual coletivo para tutelar pretensões decorrentes daqueles direitos materiais” (BUENO, 2018).

Na seção anterior, foi verificado que os tribunais superiores, em especial o STJ, antes mesmo da edição da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, tinham o entendimento de que as Ações Civis Públicas somente poderiam versar sobre direitos individuais homogêneos se discutissem sobre direitos dos consumidores (BRASIL, 1998) ou se houvesse relevante interesse social, que justificasse o seu ajuizamento pelo Ministério Público (BRASIL, 1997).

Nessa senda, curioso destacar que questões de natureza tributária nem sempre eram consideradas de relevante interesse social, nem quando tinham por objetivo também cessar cobrança indevida, tampouco para restituições de valores devidos pagos pelos contribuintes (BRASIL, 1999). Esse fato já evidenciava decisões judiciais que não visavam tutelar direitos, mas sim motivações eminentemente políticas e que tão somente protegiam os interesses do Estado e da Fazenda Pública em detrimento dos interesses da coletividade.

Após a edição da Medida Provisória, a fundamentação judicial passou a ser respaldada por uma cômoda norma legislativa, cerceadora de direitos, que consolidou a restrição da tutela dos direitos individuais homogêneos de natureza tributária, quando na verdade deveria ser declarada inconstitucional ante a flagrante violação do direito fundamental de acesso à justiça.

“É tolerável o acesso individual (visão anacrônica e insuficiente dos princípios constitucionais do processo que mencionei) porque ele é atomizado e fraco e desorganizado, por sua própria natureza. Ver-se, a União Federal, inibida de lançar determinado tributo de um contribuinte? Nenhum problema. Ver-se, no entanto, a União Federal inibida de cobrar determinado tributo ou devolver arrecadações pretéritas flagrantemente inconstitucionais para toda uma coletividade, para todos aqueles que o lançamento tributário pretendeu atingir? Isto é problema, por definição. Daí não se admitir, não se querer e não se tolerar o acesso coletivo ao Judiciário. [...] as novas regras incorporadas à Lei nº 9.494/97 e à Lei nº 7.347/85 deixam claro, claríssimo a bem da verdade, qual o real intento destas novas regras: minimizar, obstaculizar, dificultar e eliminar também o acesso coletivo à Justiça quando a União, os Estados-membros, os

Municípios, o Distrito Federal, suas autarquias e fundações públicas sejam réus de ações ajuizadas em patamares não individuais (BUENO, 2018)”.

Dentre as inúmeras vantagens do processo coletivo, destacam-se a celeridade, bem como a segurança jurídica e a isonomia, na medida em que se desprivilegiam decisões conflitantes. Então, quando o sistema edita normas como a examinada neste trabalho, restringindo o alcance de tais valoressem sequer apresentar qualquer contrapartida que beneficie o interesse público, automaticamente se conclui pela sua incompatibilidade com o direito fundamental de acesso à justiça, que impõe a realização da tutela jurisdicional (SICA, 2011, p. 36) da maneira mais célere e segura possível (BEDAQUE, 2007, p. 34 e 40). Não há qualquer valor relevante sendo protegido,mas tão somente o interesse secundário da Fazenda Pública, de não ter seu orçamento atingido.

Conclui-se, portanto, que tal dispositivo é inconstitucional, pois contradiz os valores constitucionais do processo, de efetividade, duração razoável, além de prejudicar a ideia de segurança jurídica e isonomia.

No entanto, considerando a realidade fática que insiste em manter em nosso ordenamento jurídico tal dispositivo, passa-se a defender a tese de que ele seja, ao menos, interpretado de forma restritiva, visando-se a ampliaçãoda tutela dos direitos de natureza tributária, com o objetivo principal de impedir, em caráter difuso, a cobrança indevida, entendendo-se que, nestes casos, apesar de serem determináveis alguns beneficiários contribuintes, existe também um caráter difuso no provimento que determina a não cobrança do tributo, pois sendo uma ordem para o futuro, abrangeria potenciais contribuintes indeterminados, sem falar nos casos de impostos sobre bens e serviços (PIS, COFINS, ICMS, ISS), cujos contribuintes diretos (consumidor) são indiscutivelmente indeterminados (MACHADO, 2009, p. 143).

É bem verdade que nas hipóteses em que o que se pleiteia judicialmentea devolução de quantia ou anulação de algum crédito tributário devidamente constituído, a identificação do contribuinte é cristalina, de modo que a aplicação do parágrafo único do art. 1º da Lei de Ação Civil Pública (BRASIL, 1985) seria razoável e coerente com a jurisprudência atual.

Contudo, quando o pedido é para impedir ou fazer cessar para todos os contribuintes e possíveis contribuintes, alguma cobrança tributária indevida, pode-se vislumbrar um caráter difuso em tal pretensão, na medida em que se terão beneficiários indetermináveis, consistentes nos potenciais contribuintes e nos contribuintes diretos.

Para melhor compreensão, pode-se citar como exemplo o Imposto Predial e Territorial Urbano e o Imposto de Renda que, em uma primeira análise, os beneficiários poderiam ser facilmente determinados, por terem uma relação base com a receita, porém, poderão surgir no curso da discussão judicial e posteriormente a ela,potenciais contribuintes, que também irão se beneficiar deste provimento jurisdicionalversando sobre a matéria, mas não podem ser determinados.

Percebe-se assim, que apesar de em um primeiro momentose verificar com certa facilidade os beneficiários, não é possível restringir os efeitos da tutela exclusivamente a eles, de modo que,o seu impacto seria difuso, e não individual homogêneo, o que justificariaa flexibilidade ora proposta.

Indo por rumo convergente encontra-se interessante precedente do STJ, da lavra do Ministro Luiz Fux, julgado em meados de 2004, que também enxerga na pretensão de cessar a cobrança indevida de tributos um caráter difuso, justificador da tutela coletiva:

4. A soma dos interesses múltiplos dos contribuintes constituiinteresse transindividual, que por sua dimensão coletiva torna-sepúblico e indisponível, apto a legitimar o Parquet a velá-la emjuízo. Aliás, em muitas decisões o Superior Tribunal de Justiçaavinha sufragando o entendimento de que a **Ação**

Civil Pública voltada contra a ilegalidade dos tributos não implicava em via oblíqua de controle concentrado de constitucionalidade. Deveras, o Ministério Público, por força do art. 129, III, da Constituição Federal é legitimado a promover qualquer espécie de ação na defesa de direitos transindividuais, nestes incluídos os direitos dos contribuintes de **Taxa de Esgoto**, ainda que por **Ação Civil Pública** (BRASIL, 2003).

Outros exemplos que deixam mais claro o caráter difuso e a indeterminabilidade das pessoas e, portanto, robustecem o que aqui se pretende, são o ICMS - imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação, o PIS - Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público e o COFINS - Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, por serem de contribuição indireta, ou seja, as empresas arrecadam, as custas do consumidor de produtos e serviços (MACHADO, 2009, p. 143).

Por fim, no afã de corroborar atese em discussão, reitera-se o Resp nº 776.848/RJ, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, apresentado na Seção 3 deste artigo, em que foi acolhida a demanda popular para declarar a nulidade de Decreto Municipal, de modo a excluir das faturas de consumo de energia elétrica dos contribuintes do Município de Resende, o valor relativo à Taxa de Iluminação Pública, demonstrando que os tribunais superiores não estão inclinados à vedação absoluta da utilização de ações coletivas para a tutela dos direitos de natureza tributária (BRASIL, 2005a).

No caso acima mencionado, frisa-se também a existência do caráter difuso, pois apesar de ser possível identificar aqueles contribuintes que têm a instalação de energia elétrica, os impactos causados pela tutela são intangíveis. Pode-se imaginar, por exemplo, um estabelecimento comercial que estipula os preços de seus produtos ou serviços considerando o valor da Taxa de Iluminação Pública, o que será, portanto, repassado aos seus clientes, sem que estes sejam precisamente identificados. Além disso, alguém que frequente ou que ao menos passe eventualmente por aquele local que possui aquela instalação elétrica, poderia se beneficiar dessa tutela, isso sem falar nas pessoas que passarão a ter instalação elétrica e a pagar contas de energia, sem sofrerem a cobrança lesiva da taxa reconhecida como injusta.

Verifica-se assim, que apesar de se conseguir identificar aqueles que têm a instalação de energia elétrica, não é possível estabelecer um grupo fechado de beneficiários e, portanto, eles devem ser considerados indeterminados, revelando o notório caráter difuso da demanda que visa à cessação da cobrança abusiva de tributos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do que constitui os objetivos gerais e específicos do presente artigo, foi verificado, inicialmente, que os tribunais superiores, em especial o STJ, antes mesmo da edição da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, já adotavam um posicionamento que, via de regra, restringia o uso de ações coletivas versando sobre direitos individuais homogêneos, pois entendiam que somente seria cabível se discutissem sobre direitos dos consumidores ou se houvesse relevante interesse social, que justificasse o seu ajuizamento pelo Ministério Público.

Além disso, se a questão fosse de natureza tributária, não consideravam de relevante interesse social, nem para cessar cobrança indevida, tampouco para restituições de valores indevidos pagos pelos contribuintes, o que inviabilizava o ajuizamento dessas ações e tornava evidente que as decisões judiciais atinentes a essas matérias não tinham por principal objetivo tutelar direitos, mas tinham motivações eminentemente políticas e que protegiam somente o interesse público secundário da Fazenda Pública, em detrimento dos interesses primários da coletividade.

Com a entrada em vigor da referida Medida Provisória, restou, de certa forma, consolidada a restrição da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos de natureza tributária.

No entanto, o processo coletivo dispõe de diversas vantagens, dentre as quais se destacam: a celeridade, a segurança e a isonomia, que são valores demasiadamente relevantes, dos quais não se pode abrir mão sem qualquer contrapartida, e isso é exatamente o que acontece quando o sistema edita normas como a do parágrafo único do art. 1º da Lei de Ação Civil Pública (BRASIL, 1985), pois não há qualquer valor relevante sendo protegido, mas tão somente o interesse secundário da Fazenda Pública, de não ser obrigada a ressarcir quantias milionárias aos contribuintes.

Conforme discorrido ao longo deste trabalho, os processos coletivos são essenciais para a realização na maior medida do direito fundamental de acesso à justiça e, portanto, a restrição criada pelo parágrafo único do art. 1º da Lei de Ação Civil Pública (BRASIL, 1985) encontra-se em total descompasso com a ordem constitucional e com as prestações positivas, normativa e em sentido estrito, que deveriam ser realizadas pelo Estado, para qualificar o acesso à ordem jurídica justa.

Ao final, considerando a realidade fática, se propôs que ao referido dispositivo legal, por não ter sido declarado inconstitucional, se atribua uma interpretação com resultados restritivos, que permitam ampliar a tutela dos direitos de natureza tributária, com o objetivo principal de impedir, em caráter difuso, a cobrança indevida.

Nesse sentido é que se mostra razoável uma interpretação restritiva da norma em análise, para que ela não obste o ajuizamento de ações coletivas voltadas à interrupção de cobrança abusiva (ilegal ou inconstitucional) de tributos, tendo em vista o caráter difuso dessa tutela, que apesar de permitir a identificação de alguns beneficiários, abrange contribuintes futuros que não podem ser identificados, sem falar dos casos envolvendo tributos sobre produtos e serviços, cujos contribuintes diretos são os consumidores, muitas vezes não identificáveis.

Com a interpretação restritiva ora visualizada, apenas as demandas voltadas a devolução de quantias pagas ou a anulação de créditos fiscais constituídos seriam objeto da restrição, o que conferiria maior amplitude e efetividade ao processo coletivo e conseqüentemente, ao direito fundamental de acesso à justiça, em consonância com os princípios constitucionais, com a teoria dos direitos fundamentais e com o interesse da coletividade.

6 REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Janet Cooper. *An introduction to Class Actions Procedure in the United States*. p. 1-26, 2000. Disponível em: <http://law.duke.edu/grouplit/papers/classactionalexander.pdf>. Acesso em outubro de 2018.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A efetividade do processo de conhecimento. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 74, p. 126-137, 1994.

_____. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. *Revista da AJURIS*, vol. 29, ano X, Porto Alegre-RS, p. 77-94, 1983.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BLANCO, Carolina Souza Torres. O direito de acesso à justiça nas jurisprudências interamericana e brasileira: uma análise comparativa. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 80/2012, p. 175-206, jul-set, 2012.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2018*: ano-base 2017. 2018. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em julho de 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. 2012. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em julho de 2018.

_____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965: Regula a Ação Popular. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm>. Acesso em: julho de 2018.

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981: Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm>. Acesso em: julho de 2018.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985: Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm>. Acesso em: julho de 2018.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompiladp.htm>. Acesso em: outubro de 2018.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990: Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>.

Acesso em: julho de 2018.

_____. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015: Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.

Acesso em: outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 49272/RS (1994/0016322-3). Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199400163223&dt_publicacao=17/10/1994>. Acesso em: outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 8785/RS (1997/0054124-0). Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199700541240&dt_publicacao=22/05/2000>. Acesso em: outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 177.804/SP (1998/0042180-7). Relator: Ministro José Delgado. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199800421807&dt_publicacao=26/10/1998>. Acesso em: outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 177052/SP (1999/0043114-6). Relator: Ministro: Milton Luiz Pereira. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199900431146&dt_publicacao=30/09/2002>. Acesso em: outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 530808/MG (2003/0052653-9); Relator: Ministro: Luiz Fux. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200300526539&dt_publicacao=02/08/2004>. Acesso em: outubro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 776.848/RJ (2005/0141678-9)a. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=671429&num_registro=200501416789&data=20090806&formato=PDF>. Acesso em: julho de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 776.857/RJ (2005/0141681-7)b. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=748633&num_registro=200501416817&data=20090218&formato=PDF>. Acesso em: julho de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.367.947/RJ (2011/0222620-8). Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1215648&num_registro=201102226208&data=20141014&formato=PDF>. Acesso em: julho de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.387.960/SP (2013/0167126-1). Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1324238&num_registro=201301671261&data=20140613&formato=PDF>. Acesso em: julho de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.491.614/PR (2014/0280056-7). Relator: Ministro Og Fernandes. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1636431&num_registro=201402800567&data=20170925&formato=PDF>. Acesso em: julho de 2018.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. RE nº 576155/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 12.8.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo595.htm>>. Acesso em: julho de 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A Ação Civil Pública e o Poder Público*. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/001.pdf>>. Acesso em: julho de 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen GrancieNorthfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. 59 p.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. v. 4. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

GAGNO, Luciano Picoli. O poder diretivo do juiz e o modelo constitucional de processo. *In:*

ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). *Teoria Geral do Processo I*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. – (Coleção doutrinas essenciais: novo processo civil; v. 1).

_____; COUTO, Camilo José d'Ávila. Ação popular por omissão lesiva ao mínimo existencial (moralidade) e controle de políticas públicas: ...*Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, nº 1, 2018, p. 631-647.

_____; SANTOS, Barbara Evelyn Sad. Ensaio sobre a efetividade da tutela coletiva em Portugal. *Revista eletrônica de direito processual*, v. 18, p. 347-370, 2017.

_____; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. A importância das 'classactions' para a evolução do processo coletivo brasileiro. *Prisma Jurídico*, v. 17, p. 117-136, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. v. 2. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellgrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 11-15.

HARADA, Kiyoshi. Acesso à justiça. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. v. 0/1998. p. 53-61, jan-dez, 1998.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 30ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 19ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. (Temas atuais de direito processual civil; v. 4)

_____; ROMANO NETO, Odilon. Análise da relação entre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas e o microsistema dos Juizados Especiais. *Revista de Processo*, v. 245/2015, p. 275-309, jun. 2015.

PORCHETTO, Mauro Rocha de. Legitimidade do Ministério Público e propriedade da ACP para veicular pretensões coletivas que envolvam tributos. Disponível em: <<http://www.ammp.org.br/inst/artigo/Artigo-7.doc>>. Acesso em: julho de 2018.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

REZENDE, Pedro Roderjan; TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin; SANTOS, Marcel Ferreira dos. Jurisdição funcional como instrumento de tutela de direitos metaindividuais e acesso à justiça: dever fundamental de proteção do estado e a primazia da decisão de mérito. *Revista Brasileira de Direitos Humanos*, v. 6, p. 42-64, 2017.

SANTOS, Luiz Felipe Ferreira dos. Panorama sobre a Coisa Julgada nas Ações Coletivas: Alcance e Limites. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 63, p. 98-119, 2014.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*: um estudo sobre a posição do réu. São Paulo: Atlas, 2011. (Coleção Atlas de processo civil/coordenação Carlos

Alberto Carmona).

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In*: DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.