

AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA REFLEXÕES SOBRE A POSIÇÃO DO STF

João Batista de Almeida

Sumário: 1. Introdução 2. A posição da doutrina sobre o tema 3. A jurisprudência do STJ até 1999 4. Posição do STF, a partir do RE n. 195.056 5. Reflexões acerca do *leading case* 6. A inconstitucionalidade da MP n. 1.984 7. Conclusões.

1 Introdução

A tutela dos direitos ou interesses difusos e coletivos surgiu no Brasil no final dos anos 70, quando a doutrina, capitaneada por Ada Pellegrini Grinover e inspirada em Mário Capeletti, passou a manifestar preocupação quanto à insuficiência dos esquemas tradicionais do processo civil, indicando a necessidade de proteger tais direitos e interesses, inclusive mediante a definição dos entes legitimados e a ampliação dos efeitos da coisa julgada, para que se adequassem à nova realidade.

Em resposta a esses reclamos surgiu, em julho de 1985, a ação civil pública (Lei n. 7.347), para a responsabilização por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a outros interesses difusos e coletivos.

Com a Constituição Federal de 1988, a ação civil pública foi constitucionalizada, ao figurar como função institucional do Ministério Público. Com efeito, o artigo 129, inciso III estabelece competir ao Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública para a defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Tal dispositivo resolve, a um só tempo, tanto a legitimidade para agir em favor do órgão ministerial, como a adequação da citada via processual.

O Código de Defesa do Consumidor, vigente a partir de 11.3.1991, (Lei n. 8.078), alterou vários artigos da Lei n. 7.347, bem como trouxe vários outros dispositivos aplicáveis subsidiariamente à ação civil pública¹, além de estabelecer a total integração dos dois diplomas legais, em matéria processual.²

A ação civil pública passou a ser largamente usada na proteção dos bens por ela originalmente tutelados. Além disso, foi indicada, pela doutrina ou por leis posteriores, como adequada para tutelar outros bens, como infração à ordem econômica e à economia popular, criança e adolescente, pessoas portadoras de deficiência, pequenos investidores no mercado de valores mobiliários, populações indígenas e minorias, moralidade administrativa, matéria tributária (defesa do contribuinte), combate à improbidade administrativa, engenharia genética, direitos sociais dos trabalhadores, direitos individuais homogêneos (com restrições) e qualquer outro interesse difuso ou coletivo.³

Em razão de seu grande espectro de aplicação, da alta conflituosidade e da relevância social dos temas por ela tutelados, a ação civil pública passou a ser, na área cível, uma das ações mais prestigiadas, estudadas e questionadas. Pelos mesmos motivos, foi largamente

1 Código de Defesa do Consumidor- Lei n. 8.078, de 11.9.1990, artigos 81 a 104.

2 Código de Defesa do Consumidor - Lei n. 8.078, de 11.9.1990, artigo 90.

3 Ver, sobre o assunto, nosso *A proteção jurídica do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 237-238.

impugnada nas vias judiciárias, principalmente no que se refere aos temas legitimidade e adequação da via processual.

Dentre os aspectos controvertidos⁴, sem dúvida, a utilização da ação civil pública para promover a defesa do contribuinte, veiculando pleito de natureza tributária, tem ocupado a atenção dos doutrinadores e dos operadores de Direito.

Este trabalho visa precipuamente a mostrar as posições anteriores e atuais da doutrina e dos Tribunais Superiores, com enfoque especial no *leading case* da Suprema Corte.

2 Posição da doutrina sobre o tema

A grande maioria dos doutrinadores sempre sustentou haver adequação da via processual e a legitimidade do Ministério Público para promover a ação civil pública na defesa dos contribuintes, ou seja, para veicular matéria tributária.

Até recentemente, ocorria uma quase unanimidade da doutrina quanto ao tema, sustentando a viabilidade quanto aos aspectos adequação e legitimidade, consoante se lê dos seguintes autores: Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery⁵, Antonio de Souza Prudente⁶, Kazuo Watanabe⁷, Rodolfo de Camargo Mancuso⁸, Hugo Nigro Mazzilli⁹, Washington Araújo Carigé¹⁰ e Paulo Valério Dal Pai Moraes¹¹.

A partir de 1998, quando o STF iniciou o julgamento do RE n. 195.056-VPR (IPTU – Município de Umarama), surgiram alguns pronunciamentos discordantes, sustentando tese oposta, qual seja: (1) a falta de legitimidade do MP para a ação civil pública em matéria tributária, e (2) a inadequação da aludida via processual para a finalidade proposta.

Adotaram essa posição os doutrinadores Osmar Tognolo¹² e Hugo de Brito Machado.¹³

3 Jurisprudência do STJ até 1999

Na área judiciária, no entanto, a matéria nunca esteve pacificada, registrando-se julgados em ambos os sentidos, a dizer, ora reconhecendo as citadas adequação e legitimidade, ora negando-as.

4 Sobre o tema, dentre outros, nosso *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

5 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 1.129, nota n. 23.

6 PRUDENTE, Antonio de Souza. Legitimação constitucional do Ministério Público para ação civil pública em matéria tributária na defesa de direitos individuais homogêneos. *Revista CEJ*, Brasília, n. 9, p. 77-79, set./dez. 1999.

7 WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 725.

8 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 37.

9 MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 123-124.

10 CARIGÉ, Washington Araújo. IPTU – Cobrança indevida de tributos – A legitimidade do Ministério Público e a ação civil pública. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 9, p. 111-115, jan./mar. 1994.

11 MORAES, Paulo Valéria Dal Pai. O Ministério Público e a legitimidade para a defesa dos interesses coletivos decorrentes de questões tributárias de massa. *Revista de Estudos Tributários*, v. 2, n. 11, p. 132-157, jan./fev. 2000.

12 TOGNOLO, Osmar. Ação civil pública em matéria tributária. *Correio Braziliense*, de 16.8.1999, Suplemento Direito e Justiça, p. 1 e *Revista de Estudos Tributários*, v. 2, n. 10, p. 155-157, nov./dez. 1999.

13 "MACHADO, Hugo de Brito. Ação civil pública e tributo inconstitucional, *Correio Braziliense*, de 17.8.1998, Suplemento Direito e Justiça, p. 2; Ministério Público e ação civil pública em matéria tributária, *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 52, p. 84-90; Ministério Público e tributação, *Boletim de Direito Municipal*, NDJ, v. 16, n. 4, p. 2.278, abr. 2000.

Apenas para citar como exemplo, o STJ chegou a sustentar, em momentos diversos, as duas posições, diametralmente opostas:

a) adequação da ação civil pública em matéria tributária e legitimação do órgão ministerial para promovê-la: STJ - REsp n. 49.272-6/RS, 1ª T., rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 21.9.1994, v. u., *DJU*, de 17.10.1994 (taxa de iluminação pública); STJ - AgrREsp 98.286/SP, 1ª T., rel. Min. José Delgado, j. 15.12.1997, v. u., *DJU*, de 23.3.1998.

b) negando tal adequação e a legitimação: STJ - REsp n. 177.804/SP, 1ª T., rel. Min. José Delgado, j. 18.8.98, v. u., *DJU*, de 26.10.1998; REsp n. 140.368/MG, 1ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, rel. p/ Acórdão Min. José Delgado, j. 11.5.99, v. m., *DJU*, de 30.8.1999 e *RSTJ* 127/71.

A partir de 1999, tem prevalecido essa última orientação (alínea b).

4 Posição do STF, a partir do recurso extraordinário n. 195.056

Apenas em 1999, o STF julgou o *leading case*, e o fez para não reconhecer a legitimação do MP e considerar não-adequada a ação civil pública para veicular pleito envolvendo matéria tributária.

Ao julgar o RE n. 195.056-1/PR, o Plenário do STF entendeu que:

“Constitucional. Ação Civil Pública. Impostos: IPTU. Ministério Público: Legitimidade. Lei n. 7.374, de 1985, artigo 1º, II, e artigo 21, com a redação do artigo 117 da Lei n. 8.078, de 1990 (Código do Consumidor); Lei n. 8.625, de 1993, artigo 25. C.F., artigos 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 n. 7.374/85, artigo 1º, II, e artigo 21, com a redação do artigo 117 da Lei n. 8.078/90 (Cód. do Consumidor); Lei n. 8.625, de 1993, artigo 25.

II - Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com 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, artigo 127, caput, é artigo 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 n. 7.374/85, art. 1º, II, art. 21, redação do art. 117 da Lei n. 8.078/90 - Cód. do Consumidor; Lei n. 8.625/93, art. 25, IV; C.F., art. 129, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com ‘interesses sociais e individuais indisponíveis’ (CF, art. 127, caput).

IV - RE não conhecido.”¹⁴

Como se vê, a Suprema Corte, contrariando a mais abalizada doutrina, deixou de prestigiar a tendência mundial do uso da ação coletiva para demandas desse tipo, determinando que cada contribuinte, a título individual, ajuíze a sua própria ação, com isso ocasionando sérios transtornos aos interessados e ao Poder Judiciário, que já trabalha no limite de sua capacidade.

¹⁴ STF - RE n. 195.056-1/PR, Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, j. 9.12.1999, v. m., *DJU*, de 17.12.99, acórdão ainda não publicado. No mesmo sentido, em caso envolvendo taxa de iluminação pública, RE n. 213.631/MG, Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 9.12.1999, v. m., *DJU*, de 7.4.2000.

5 Reflexões acerca do *leading case*

A Constituição Federal de 1988 constitucionalizou a ação civil pública, ao incluir sua promoção como uma das funções institucionais do Ministério Público, para a defesa do meio ambiente, do patrimônio público e social e de “outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III). Incluem-se nessa última categoria os interesses transindividuais, indivisíveis, titularizados por pessoas indeterminadas da coletividade, ligadas entre si por circunstâncias de fato, bem como os titularizados por pessoas determináveis integrantes de grupo, categoria ou classe, unidas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Por “interesses coletivos” são também entendidos os direitos individuais homogêneos, que são considerados coletivos *lato sensu* – portanto, dentro da concepção não restritiva adotada pela CF – ou “sub-espécie de interesse coletivo.”¹⁵

Em sede infraconstitucional, compete ao Ministério Público da União zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos ao sistema tributário, às limitações do poder de tributar, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e aos direitos do contribuinte.¹⁶

Além disso, o artigo 129, inciso III, da CF, reconhece legitimação ao Ministério Público para promover a ação civil pública na defesa do meio ambiente, do patrimônio público e social e de “outros interesses difusos ou coletivos”, categoria na qual poderiam ser enquadrados os consumidores e os contribuintes, tese, aliás, acolhida no voto vencido do Min. Marco Aurélio.

Deve ser observado que a ação, no caso concreto, continha dois pedidos, um de natureza coletiva – a impugnação da cobrança em favor de toda a categoria de contribuintes do município e outro individual homogêneo – o pedido de restituição do imposto indevidamente pago. Para o pleito difuso ou coletivo, via ação civil pública, não há necessidade de caracterizar-se relação de consumo, nem condição de consumidor dos contribuintes. Isso só deve ocorrer no pleito dos direitos individuais homogêneos – por natureza divisíveis e disponíveis. Ocorre que todos os pleitos foram tratados como de direitos individuais homogêneos e, como tal, desacolhidos, tanto por inadequação da via, como pela ilegitimidade do órgão ministerial. Pergunta-se: acaso não teria o MP legitimidade para formular pedido de natureza coletiva? Óbvio que sim.

O mestre Kazuo Watanabe tem advertido que “o que importa para os fins de tutela jurisdicional é o que o autor da demanda coletiva traz para o processo”, vale dizer, o seu objeto litigioso”¹⁷ acrescentando que “é na transposição do conflito de interesses do plano extraprocessual para o processual e na formulação do pedido de provimento jurisdicional que são cometidos vários equívocos. A tutela de interesses ‘coletivos’, tem sido tratada, por vezes, como tutela de interesses ou direitos ‘individuais homogêneos’, e a de interesses ou direitos ‘coletivos’, que por definição legal são de natureza indivisível, tem sido limitada a um determinado segmento geográfico da sociedade, com uma inadmissível atomização de interesses ou direitos de natureza indivisível.”¹⁸

Com precisão científica, o mesmo autor também aduz que: “A determinação dos membros integrantes do grupo é, precisamente, a nota que distingue os interesses ou direitos coletivos ou direitos difusos. Se o ato atacado através da ação coletiva (reajuste de mensalidades) diz respeito a todos os contratantes dos planos de saúde, globalmente

15 STF – RE n. 163.231/SP, Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 26.2.1997, v. u.

16 Lei Complementar n. 75/93, artigo 5º, inciso II, alínea “a”, aplicado subsidiariamente à Lei n. 8.625/93.

17 WATANABE, Kazuo, *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 728.

18 *Ibidem*, p. 729.

considerados (não sendo atacados um a um, em relação a cada um dos filiados, os reajustes exigidos pelas empresas mantenedoras dos planos), a nota da indivisibilidade do bem jurídico e bem assim a sua transindividualidade são inquestionáveis, pois basta a procedência de uma única demanda para que todos os filiados dos planos de assistência médica e hospitalar sejam coletivamente beneficiados.”¹⁹

O Acórdão do STF acima transcrito está em total desconformidade com a melhor doutrina, ao dar o mesmo tratamento a pedidos de natureza diversa – coletivo e individual homogêneo – e reconhecer inadequação onde não existe e negar legitimidade ao *Parquet* em matéria em que ela está patente.

De ver-se que, contraditoriamente, no caso do aumento abusivo das mensalidades escolares, os direitos individuais homogêneos (*rectius* coletivos) foram considerados subespécies de interesses coletivos, situação que era idêntica à dos contribuintes que, no entanto, lograram tratamento diverso.

Na sustação da cobrança do tributo indevido (pedido coletivo), como se percebe, há manifesto interesse social evidenciado pela dimensão e característica do dano, posto que este atinge uma gama enorme de pessoas de determinado município, altamente dispersas, bem como está presente a relevância social do bem jurídico que se busca proteger – a ordem jurídica tributária, tal como exigido no parágrafo 1º do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor c/c Lei Complementar n. 75, de 20.5.1993 (LOMPU), artigo 5º, inciso II, alínea “a”. Aliás, essa lei permite expressamente a defesa dos contribuintes pelo Ministério Público.

Espera-se que a Suprema Corte, ao analisar os novos processos submetidos a julgamento, venha a reconsiderar essa decisão do *leading case*, que representa verdadeira restrição à tutela coletiva.

Resulta claro, pois, que a ação civil pública é adequada para a defesa do contribuinte, veiculando pleito de natureza difusa ou coletiva em matéria tributária, estando legitimado o órgão ministerial para a sua promoção.

6 A inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 1984-19/2000

Por meio da Medida Provisória n. 1.984/19, do ano de 2000, foi alterada a Lei n. 7.347/85 (LACP), com a inserção do parágrafo único ao artigo 1º, com a seguinte redação: “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.”

Como se vê, em mais uma de suas manobras casuísticas, o Poder Executivo editou medida provisória para tentar resolver questão emergencial de seu interesse, no caso concreto, as liminares deferidas nos processos coletivos questionando a cobrança da CPMF e outros tributos e exações.

Ocorre que tal dispositivo incorre em inconstitucionalidade porque:

(a) estabelece restrição à atuação institucional do Ministério Público, pois a promoção da ação civil pública para a defesa de outros interesses difusos ou coletivos, prevista no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal de 1988, passou a ser função institucional do MP, ficando constitucionalizados tanto os aspectos da legitimação, como o da adequação da via processual. Além disso, compete ao Poder Judiciário interpretar quais direitos e interesses estão inseridos nessa cláusula de encerramento. Nessa sorte, não poderia o legislador ordinário proibir o uso da ação civil pública para a defesa do contribuinte, ou seja, em matéria tributária, quando a Constituição Federal o admite;

¹⁹ Ibidem, p. 730.

(b) o dispositivo questionado da MP n. 1.984/19, repetido nas reedições posteriores, também ofende o *caput* do artigo 127 da Constituição Federal de 1988, pois retira do Ministério Público a incumbência de defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis;

(c) do mesmo modo, viola a autonomia funcional da instituição assegurada ao órgão ministerial no artigo 127, parágrafo 2º, pois a vontade do chefe do Poder Executivo está a anular a referida autonomia;

(d) por fim, tal parágrafo acrescido ofende ao inciso IX do artigo 129 da Constituição Federal de 1988, que inclui, entre as funções institucionais do Ministério Público, a de “exercer outras funções que lhe forem conferidas”, sendo certo que a Lei Complementar n. 75, de 20.5.1993 (LOMPU), declarou competir ao Ministério Público “zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos ao sistema tributário, às limitações ao poder de tributar, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e dos direitos do contribuinte”²⁰. Além da inconstitucionalidade material, por restringir o alcance do inciso IX do artigo 129, ainda ocorre inconstitucionalidade formal, por ofensa ao princípio da hierarquia das leis, posto que legislação ordinária do porte de uma medida provisória não pode contrariar o que dispõe uma lei complementar à Constituição.

Resta, portanto, inócua a tentativa de restringir o alcance da ação civil pública por meio de medida provisória, com ofensa à Constituição Federal de 1988.

7 Conclusões

a) A grande maioria dos doutrinadores sempre sustentou haver adequação da via processual e a legitimidade do Ministério Público para promover a ação civil pública, na defesa dos contribuintes, ou seja, para veicular matéria tributária.

b) A partir de 1998, quando o STF iniciou o julgamento do RE n. 195.056/PR, surgiram pronunciamentos discordantes, sustentando tese oposta.

c) O STJ chegou a sustentar inicialmente a tese da adequação e da legitimidade do MP, posicionando-se de forma diametralmente oposta, a partir de 1999.

d) Em 1999, o STF, afastando-se da melhor doutrina, julgou o *leading case* (RE n. 195.056/PR), e o fez para não reconhecer a legitimidade do MP e considerar não adequada a ação civil pública para a finalidade referida, por envolver, no caso concreto, direitos individuais homogêneos, considerados disponíveis (IPTU) e não se confundirem as relações fisco-contribuinte e consumidor-fornecedor.

e) Há necessidade de revisão da orientação adotada no *leading case*, porque o Ministério Público está legitimado para defender os direitos dos contribuintes, por força da Constituição Federal de 1988 (arts. 127, *caput* e § 2º, 129, incs. III e IX) e da LC n. 75/93, artigo 5º, inc. II, alínea “a”, aplicado subsidiariamente à LONMP - Lei n. 8.625/93.

f) A Medida Provisória n. 1984/19, reeditada seguidamente, tendo hoje o n. 2180/35, de 24.8.2001, incorre em inconstitucionalidade, na parte em que insere parágrafo único no artigo 1º da Lei n. 7.347/85 (LACP), proibindo o uso da ação civil pública em matéria tributária, por ofensa aos dispositivos constitucionais e legais citados.

²⁰ Artigo 5º, inciso II, alínea “a”, aplicado subsidiariamente à Lei n. 8.625/93 - LONMP.