

Ainda sobre Ministério Público, ação civil pública e tributos: alguns equívocos

André Pimentel Filho

Procurador da República. Mestre em Direito pela Universidad de Alcalá (UAH), Espanha.

Resumo: O artigo tem o objetivo de chamar a atenção para detalhes ainda pouco discutidos a respeito da legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública em causas que envolvam matéria tributária. Faz revisão da doutrina que aborda as hipóteses e limitações da legitimidade. Analisa, aprofundadamente, os votos e fundamentos jurídicos adotados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no que é considerado ainda o *leading case* do tema (RE n. 195.056), para pontuar que, ao contrário do que constantemente se reproduz, o STF, por ocasião desse julgamento, não adotou modelo fechado de legitimação nessas causas. Denuncia uma espécie de repetição automática das ementas dos julgados, sem atenção para as peculiaridades do caso concreto e para a hipótese do julgado paradigma. Por fim, defende-se que a legitimação para o Ministério Público ajuizar ações civis públicas em causas que envolvam tributos é, à luz da Constituição e da legislação vigente, mais ampla do que vem sendo afirmado, olvidando-se importantes aspectos teóricos e normativos.

Palavras-chave: Ministério Público. Ação civil pública. Matéria tributária. Legitimidade. Jurisprudência do STF.

Abstract: This article aims to direct attention to important details not yet discussed about the Public Prosecution Service's legitimacy for class actions involving tax matters. It revises doctrine that addresses the concept and limitations of legitimacy for these actions. It analyzes, in depth, the opinions and legal grounds adopted by the Brazilian Supreme Court Justices in what is still considered the leading case of the theme (RE 195 056), to point out that, contrary to frequently disseminated by doctrine, the Supreme Court, during this trial, did not adopt the restricted thesis. It denounces what became a kind of repeating automaton of the trial summary, without attention to that

specific case's peculiarities and its reasoning. Finally, it argues that the legitimacy for class-action suits involving taxes causes, regarding the Brazilian Constitution and Brazilian statutory law, is broader than currently has been considered, with important theoretical and normative aspects being currently discarded.

Keywords: Public Prosecution Service. Legitimacy. Class action. Tax cases. Brazilian Supreme Court case law.

Sumário: 1 Introdução. 1.1 Colocação do tema. 2 Constituição e jurisdição civil coletiva. 3 Correntes sobre legitimidade do MP para a defesa de direitos individuais homogêneos. 3.1 Matérias tributárias e o *leading case* RE n. 195.056 do STF. 4 Análise das razões para a negativa de legitimidade. 5 Tópicos ainda pouco debatidos. 6 Algumas pistas sobre a existência de relevante interesse social. 7 Conclusão.

1 Introdução

Este artigo é fruto de breve reflexão sobre a legitimidade do Ministério Público (MP) para tratar, via ação civil pública, de causas que direta ou indiretamente envolvam tributos.

Tem sido corriqueira a limitação da legitimidade do MP em matéria tributária desprovida da devida análise dos dispositivos constitucionais e legais incidentes e sem se atentar para o que exatamente está em jogo. Repetem-se fórmulas como “O Ministério Público não tem legitimidade para promover ação civil pública com o objetivo de impedir a cobrança de tributos na defesa de contribuintes, pois seus interesses são divisíveis, disponíveis e individualizáveis” (AgRg no REsp n. 969.087/ES), sem a devida análise de todos os elementos normativos e fáticos que cercam o tema.

A simples repetição de ementas de julgados restritivos, conjugada com uma postura acrítica e pouco profunda diante do tema, vem produzindo verdadeiro aprisionamento inconstitucional da jurisdição civil coletiva nas situações relacionadas, ainda que indiretamente, ao exercício do poder tributário do Estado.

A jurisprudência escora-se, especialmente, no que se imagina ter sido decidido no *leading case* RE n. 195.056 e na literalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 7.347/1985, acrescentado pela Medida Provisória n. 2180-35/2001, mas há importantes detalhes e necessárias nuances que estão sendo olvidados, como demonstraremos a seguir.

1.1 Colocação do tema

Antes de tudo, é necessário definir o que são interesses ou direitos – não adentraremos na polêmica diferenciação entre interesses e direitos – que podemos qualificar como individuais homogêneos. O art. 81, parágrafo único, III, da Lei n. 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), os define simplesmente como “os decorrentes de origem comum”. Diferenciam-se dos direitos difusos: transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (parágrafo único, inciso I, do art. 81, CDC); e dos coletivos: 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 (parágrafo único, inciso II, do art. 81, CDC). Por serem, ontologicamente, direitos individuais, divisíveis e cuja titularidade se possa identificar, mas também por serem idênticos e massificados, o sistema jurídico os considera metaindividuais. Apesar de a categorização legal-teórica não ser de difícil apreensão, a identificação, na prática, de determinada situação como uma ou outra é difícilíssima, daí porque entendemos que com razão está parte da doutrina, o que adiante veremos com mais detalhe, quando diz que os mesmos fatos podem acarretar direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, a depender da situação concreta e do modo como se deduz o pedido: “O que caracteriza um direito como difuso, coletivo ou individual homogêneo é o tipo de pretensão deduzida em juízo. Um mesmo fato pode dar origem a uma pretensão difusa, coletiva e individual homogênea” (NERY JUNIOR; NERY, 2002, p. 1329).

Desde a criação do chamado subsistema de jurisdição civil coletiva¹, composto principalmente pelas Leis n. 7.347/1985 e n. 8.078/1990, em volta das quais gravitam outras de menor importância sistêmica, ou seja, mais específicas, como a Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/1965), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), vem sendo debatida a possibilidade de o MP propor ação civil pública que trate, na ação coletiva, de direitos individuais homogêneos.

Nessa celeuma, insere-se a questão da possibilidade de o MP defender direitos de contribuintes de forma coletiva. O julgamento do *leading case* RE n. 195.056 serviu como divisor de águas na polêmica. O julgamento ficou assim ementado:

EMENTA: - 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. C.F., artigos 127 e 129, III. I. - A ação civil pública presta-se a 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 8.078/90 (Código 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 interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se a defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa. C.F., 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

1 A doutrina é unânime no sentido da existência de subsistema com princípios e mecanismos próprios, que se interligam ao sistema superior cujo centro é o CPC. Nesse sentido, vide, por todos, Didier e Zaneti, 2008, p. 48.

(Lei 7.347/85, art. 1º, II, art. 21, redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 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.” (C.F., art. 127, *caput*). IV. - R.E. Não conhecido. RE 195056/PR, rel. min. Carlos Velloso, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJ 30 maio 2003.

Após a divulgação do julgamento, ocorrido em 9.12.1999, vieram a Medida Provisória n. 2.180/2001 e suas reedições, que acrescentaram parágrafo único ao art. 1º da Lei n. 7.347/1985, dispondo 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”.

Assim, consolidou-se, tanto no plano jurisprudencial quanto no legislativo, a negativa de legitimidade ao MP para tratar, via ação civil pública, de matéria tributária.

Dentro desse contexto, questões fundamentais são: em que medida tem o MP legitimidade para defender direitos individuais homogêneos? Seria realmente, em sentido absoluto, vedado ao MP tratar de matéria tributária? Essas questões procuramos enfrentar a seguir.

2 Constituição e jurisdição civil coletiva

A tarefa primeira de todo intérprete num sistema é verificar a compatibilidade das normas infraconstitucionais, e das interpretações destas, com as normas e princípios constitucionais incidentes². A leitura desatenta do texto constitucional poderia fazer chegar à conclusão absolutamente equivocada de que a jurisdição civil coletiva não é sequer tratada na Constituição.

2 “A Constituição é dotada de superlegalidade, de superioridade jurídica em relação às demais normas do ordenamento. Tal característica faz dela o parâmetro de validade, o paradigma pelo qual se afere a compatibilidade de uma norma com o sistema como um todo” (BARROSO; BARCELLOS, 2008, p. 358).

Ao contrário, a doutrina tem colocado a existência da jurisdição civil coletiva e de sua efetividade dentro de cláusulas constitucionais fundamentais à processualística moderna, como de acesso à justiça, efetividade da prestação jurisdicional e ao devido processo legal.

Nery Junior (2004, p. 130-133) bem observa que é garantia fundamental básica, inserida no rol do art. 5º, em seu inciso XXXV, a inafastabilidade da jurisdição, de modo que, sob nossa Constituição, a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, e que, embora o destinatário principal dessa norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos, indo ele além para enfatizar que “não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que a tutela seja adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio”.

Além da inserção genérica no rol de direitos fundamentais, descobrem-se ainda, num exame mais cuidadoso, os dispositivos constitucionais que expressamente preveem os mecanismos da jurisdição civil coletiva, como o art. 129, inciso III, e o 5º, LXX.

Didier e Zaneti (2008, p. 30), fazendo análise histórica, afirmam que a norma constitucional que garante o acesso à Justiça garante-o tanto aos direitos individuais quanto aos direitos coletivos, registrando que

[...] a fórmula correta, que expressa toda a intenção da verba constitucional, pode ser traduzida em: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou afirmação de lesão a direito individual ou coletivo (art. 5º, inciso XXXV da CF/88). Não só direito individual e não só uma ação para cada direito, mas direitos coletivos e todas as ações cabíveis para assegurar a sua adequada e efetiva tutela.

Assagra de Almeida (2003, p. 35-37) também vai no mesmo sentido ao observar que

[...] o direito processual coletivo tem natureza e fundamento constitucionais. Está enquadrado, quanto ao seu objeto formal, dentro do que a doutrina chama de direito processual constitucional. [...] Essa autonomia do direito processual coletivo como novo ramo do direito processual brasileiro se consagrou a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e pode ser fundamentada nos seguintes dispositivos:

art. 1º, que instituiu o Estado Democrático de Direito; art. 5º, XXXV, que passou a garantir o acesso amplo à justiça, seja para a tutela de direitos individuais, seja para a tutela de direitos ou interesses coletivos em sentido lato; art. 129, III, que deu dignidade constitucional à ação civil pública para a tutela de quaisquer direitos difusos ou coletivos [...].

Sendo assim, é possível que norma infraconstitucional limite a utilização da jurisdição civil coletiva? Eis uma interrogação fundamental.

A resposta é positiva, embora com importantes condicionantes. Parece que a lei só pode validamente limitar o âmbito da jurisdição coletiva quando não reduzir o núcleo essencial dos direitos constitucionais de amplo acesso à justiça e de adequada e efetiva resposta jurisdicional. Esse núcleo é atingido sempre que dispositivo infraconstitucional restringe a utilização da ação coletiva para matérias que, de acordo com a Carta Magna, têm evidente conteúdo de interesse social, ou matérias que são aprioristicamente difusas ou coletivas (como já dito, a classificação não é estanque). Em se tratando de questões normalmente tidas por difusas e coletivas, a restrição da ação civil pública importaria na negativa absoluta – ou muito próximo a isso – do acesso à justiça. Por outro lado, no que toca aos direitos individuais homogêneos, é necessária maior percepção dos meandros da jurisdição civil coletiva.

A Constituição expressamente assevera que é função do Ministério Público ajuizar ação civil pública para a proteção do *patrimônio público e social* e do *meio ambiente* (art. 129, inciso III). Então, nessas matérias, foi o próprio constituinte que barrou qualquer limitação legal ao método coletivo de resolução de conflitos. Outra matéria em que o âmbito da jurisdição civil coletiva se mostra irredutível infraconstitucionalmente são os direitos sociais. Os direitos sociais são matéria que parece *a priori* revestida de perceptível interesse social, visto que são classe de direitos absolutamente essenciais para o atingimento dos objetivos maiores da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I). Lembre-se que a Constituição traz como incumbência do Ministério Público, no *caput* do art. 127, a defesa dos *interesses sociais*, e o inciso III do art. 129 volta a utilizar a expressão *social*, dessa vez conjugada com patrimônio (patrimônio social). Essas escolhas constitucionais são indicativos seguros de que

a atuação do Ministério Público para a efetivação e defesa de direitos sociais não pode ser excessivamente podada pelo legislador infraconstitucional, sob pena de inconstitucionalidade tanto em face dos princípios do devido processo legal e do amplo e efetivo acesso à justiça quanto diante dos dispositivos específicos legitimantes do Ministério Público. Além disso, há determinados direitos e garantias³ individuais fundamentais, as chamadas liberdades públicas ou direitos de primeira dimensão ou geração, que se revestem de nítido caráter de interesse social para fins de legitimação do MP para ação coletiva quando a lesão aparece com feições de larga escala e homogeneidade. Quando a questão, ainda que individualizável, envolver direitos e garantias como o direito à não discriminação em razão de gênero, raça ou cor, ao livre exercício profissional, à liberdade de reunião, à liberdade de expressão, à garantia de petição, entre outros, que em determinadas situações poderiam ser judicializáveis via ação coletiva⁴, desde que presente situação metaindividual, haverá patente interesse social na atuação do MP.

Como parece ficar claro do exame do texto constitucional, a limitação imposta pelo próprio constituinte à atuação do Poder Legislativo sobre a jurisdição civil coletiva encontra diferentes níveis. Nas matérias tendentes a serem difusas ou coletivas, qualquer limitação à jurisdição civil coletiva será potencialmente inconstitucional. No que diz respeito aos direitos individuais homogêneos, as restrições podem ser mais amplas, mas não podem chegar ao ponto de vedar, em sentido absoluto, a utilização da via coletiva de acesso à justiça em matérias de inexorável interesse social.

3 É sabido que se diferenciam os direitos como disposições declaratórias e as garantias como medidas assecuratórias dos direitos. Contudo, como bem observa J.J. Gomes Canotilho (2003, p. 396), as clássicas garantias não deixam de ser direitos instrumentais.

4 A título de exemplo, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública na 4ª Vara Federal de Vitória/ES questionando o Provimento do Conselho Federal da OAB n. 109/2005, que exige, sem respaldo na Lei n. 8.906/1994 (Estatuto do OAB), a comprovação do término do curso de Direito para a realização do exame da Ordem. Entendeu-se que a exigência restringia excessivamente a liberdade de exercício profissional e desbordava da legalidade. O juízo reconheceu a legitimidade do MP para a ação, inclusive citando julgado do STJ em caso análogo (REsp n. 1.069.930). A sentença foi de procedência parcial.

Por outro lado, em matérias que são alheias ao desenho constitucional do MP, quais sejam, aquelas que fogem às categorias de direito difuso, coletivo, de relevância social ou que se referem a direitos indisponíveis, a limitação da utilização da jurisdição civil coletiva é plenamente possível, uma vez que o direito de acesso à justiça pode ser validamente moldado pelo legislador ordinário, por questões de política judiciária.

Dito isso, a resposta satisfatória do problema da extensão do direito público coletivo fundamental à atuação do MP⁵ em direitos individuais homogêneos se desloca para outra pergunta: em quais casos há interesse social?

3 Correntes sobre legitimidade do MP para a defesa de direitos individuais homogêneos

Há marcadas divergências quando o assunto é legitimidade do MP para a defesa de direitos individuais homogêneos. Há desde os que defendem que o MP só tenha legitimidade para defender, em sede de tutela coletiva, direitos individuais homogêneos indisponíveis, passando pelos que entendem necessária a existência de lei específica que outorgue legitimidade extraordinária ao MP para a defesa dessa espécie de direito metaindividual, até os que são pela ampla legitimidade para qualquer direito individual homogêneo, além dos direitos coletivos e difusos⁶.

5 É claro que os dispositivos constitucionais mencionados oferecem verdadeiro direito coletivo fundamental de atuação do MP na jurisdição civil coletiva em determinadas áreas. O STF já reconheceu que os direitos e garantias fundamentais não estão restritos ao elenco contido no art. 5º da CF (nesse sentido, vide, por exemplo, a ADIn n. 939-7/DF).

6 Hugo Nigro Mazzilli (2007, p. 160), falando não somente sobre os direitos individuais homogêneos, resume as correntes que se formaram na doutrina com relação à legitimação do Ministério Público: “a) Para alguns, mesmo no campo dos interesses transindividuais, o Ministério Público só pode defender interesses difusos e coletivos dos consumidores, pois apenas a estes se refere o art. 129 III da Constituição. Sob esta interpretação, ficaria excluída a defesa de interesses individuais homogêneos; b) Para outros, ao contrário, a conjunção dos arts. 81 e 82 do CDC permite a irrestrita defesa de quaisquer interesses transindividuais pelo Ministério Público, inclusive, naturalmente, os interesses individuais homogêneos;

3.1 Matérias tributárias e o *leading case* RE n. 195.056 do STF

Dentro da discussão sobre legitimidade do MP para tratar de direitos individuais homogêneos, surge tópico de especial relevo. É a possibilidade de o MP tratar de matéria tributária em sede de ação coletiva (como veremos adiante, há possibilidade de surgir causa coletiva que revolva matéria tributária que não seja situação de direito individual homogêneo).

Após o julgamento do RE n. 195.056 pelo STF, disseminou-se a ideia da negativa ampla e geral da legitimação do MP para abordar matérias tributárias. Como já se viu acima, à posição jurisprudencial se seguiu legislação no mesmo sentido. Acontece que essa disseminação da *jurisprudência* – seria mais adequado dizer da ementa do julgado do STF – deu-se sem um debate mais profundo sobre o que a nossa Suprema Corte julgou no RE n. 195.056 e quais teses estavam em jogo⁷. O caso julgado pelo Supremo versava sobre impugnação a IPTU do Município de Umuarama-PR, que teria aumentado de forma abusiva o tributo, majorando o número de Bônus do Tesouro Nacional (BTNs) em relação ao ano anterior, sem que tivesse autorização para tanto.

O que surpreende é que, com a atenta leitura dos votos dos ministros, chega-se à conclusão de que eles não fecharam questão sobre a negativa abrangente de legitimidade, ao contrário do que transparece

c) Outros, ainda, invocando agora o art. 127, *caput*, da Constituição, e os arts. 6º, VII, *d*, da LOMPU e 25, IV, *a*, da LONMP, sustentam que, em matéria de direitos individuais, ainda que homogêneos e, portanto compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas, o Ministério Público só os poderia defender se indisponíveis; d) Outros, enfim, entendem que o Ministério Público pode defender quaisquer interesses transindividuais de consumidores, desde que sua defesa tenha expressão para a coletividade”.

7 Essa pouca atenção aos detalhes (que fazem toda a diferença!), ao inteiro teor dos votos, às circunstâncias do caso decidido e sua aplicabilidade aos processos futuros vem causando justificada preocupação. O sistema jurídico brasileiro vem incorporando elementos do direito anglo-saxão, como conferir aos julgados das cortes superiores *status* quase-legal, sem que conceitos essenciais (como integridade jurisprudencial, delineamento de técnicas de distinção – *distinguishing* – e superação – *overruling* etc.) sejam assimilados e aplicados. Nesse sentido, Nunes (2011, p. 38) chama a atenção para a necessidade da adoção de “uma teoria dos precedentes para o Brasil que suplante a utilização mecânica dos julgados isolados e súmulas em nosso país”.

o item III da ementa⁸. A leitura da ementa induz à falsa conclusão de que o STF fechou posição quanto ao tema da legitimidade do MP para ajuizar ação civil pública sobre tributos. A leitura dos votos conduz à outra interpretação. Vejamos.

O ministro Carlos Velloso adota a tese de que a defesa pelo MP de direitos individuais homogêneos só é permitida em se tratando de relação de consumo (e em outras hipóteses em que há legislação específica).

O ministro Maurício Corrêa, que também votou pelo não conhecimento do recurso, mas sob outro fundamento, registrou que o legislador teria que definir a expressão constitucional “outros interesses difusos e coletivos”, presente no art. 129, III, CF/1988.

Esses foram os únicos votos em que houve expresso e inequívoco comprometimento com a negativa absoluta de legitimidade do MP para o tratamento coletivo de matéria tributária.

Parece que o voto que mais conquistou adesões, a par de não ter conhecido o recurso extraordinário e negado legitimidade ao MP no caso em análise, foi o voto intermediário do ministro Sepúlveda Pertence, em que expressamente *não* se veda a legitimação em todas as situações. Reconhece-se que *é possível* a legitimidade do MP em lide que envolva tributos, desde que presente o *interesse social*, apurável diante da invocação de direitos fundamentais sociais que se busca proteger.

Nesse voto, de lucidez impressionante, o ministro Sepúlveda desfaz uma série de equívocos que ainda hoje são comuns em sede doutrinária e jurisprudencial. É interessante dissecá-lo para que essa tese intermediária fique evidente.

8 “[...] 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. 7.374/1985, art. 1º, II, art. 21, redação do art. 117 da Lei n. 8.078/1990 (Código do Consumidor); Lei n. 8.625/1993, art. 25, IV; C.F., art. 129, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com interesses sociais e individuais indisponíveis (C.F., art. 127, *caput*)”.

Primeiro, faz digressão sobre a gênese dos direitos coletivos, lembrando, na companhia de Rodolfo Mancuso, que os direitos individuais homogêneos somente ganharam identidade própria com o CDC e são, na verdade, enquadráveis no gênero interesses metaindividuais⁹. Todavia adverte que essa consideração não significa que tenha o Ministério Público legitimidade para atuar em relação a qualquer direito individual homogêneo¹⁰. Depois, enfrenta com profundidade e ponderação o desafio de dar concretude às disposições constitucionais¹¹, evitando deixar unicamente ao legislador a responsabilidade de definir em quais hipóteses estariam presentes os *interesses sociais*, registrando que

-
- 9 Diz o ministro: “É preciso recordar que, no acelerado processo de construção teórica e legislativa dos institutos da tutela jurisdicional dos interesses metaindividuais, a categoria dos individuais homogêneos só ganhou identidade própria entre nós com a sua definição no art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor, que é de 1990. Se já é sujeita a críticas a interpretação da Constituição conforme a lei ordinária precedente, menos ainda se sustenta a que parte de uma distinção conceitual advinda de lei superveniente à Constituição, como a que o Código veio a estabelecer entre interesses coletivos *stricto sensu* e interesses individuais homogêneos (art. 81, II e III). Por isso, “o fato de o art. 129, III, CF não se referir a ‘interesses individuais homogêneos’ – acentua com razão Rodolfo Mancuso (Sobre a Legitimação do MP em matéria de interesses individuais homogêneos em Milaré (coord.), Ação Civil Pública, ed. RT, 1995, p. 438, 444) – não autoriza, a nosso ver, a ilação de que tal tipo de interesse metaindividual estaria excluído da esfera de atuação do MP. Em primeiro lugar, tal nomenclatura é espécie do gênero ‘interesses metaindividuais’ cabendo lembrar que o dispositivo em questão tem um endereçamento visivelmente voltado para a acepção mais genérica, e não para a conotação restritiva: fala em ‘patrimônio público e social’ e em outros ‘interesses difusos e coletivos’; em segundo lugar, o inciso IX desse art. 129 também apresenta uma dicção que sinaliza para uma exegese ampliativa, já que legitima o MP a exercer ‘outras funções [...] compatíveis com sua finalidade’; em terceiro lugar, não se pode dizer, a rigor, que a CF foi omissa quanto aos interesses ‘individuais homogêneos’, porque a Carta Magna é de 1988 e essa expressão aparece no CDC (art. 81), texto em vigor a partir de 1990 [...]”.
- 10 “Daí não se pode extrair, contudo, como parece pretender o recorrente, que qualquer feixe de pretensões individuais homogêneas, seja qual for o seu objeto, possa ser tema de tutela jurisdicional coletiva por iniciativa do Ministério Público. Não tenho dúvidas em aderir, como os votos que me precederam, ao virtual consenso doutrinário formado no sentido de não bastar, à legitimação ao MP no particular, a homogeneidade de quaisquer interesses individuais de um número significativo de sujeitos”.
- 11 Repare-se que tal postura interpretativa ainda tem o mérito de preservar e promover, de modo equilibrado e razoável, a força normativa da Constituição.

[...] para orientar a demarcação, a partir do art. 129, III, da área de interesses individuais homogêneos em que admitida a iniciativa do MP, o que reputo de maior relevo, no contexto do art. 127, não é o incumbir à instituição a defesa dos interesses individuais indisponíveis mas, sim, a dos interesses sociais. (STF, RE n. 195.056-1/PR, Trib. Pleno, rel. min. Carlos Velloso, j. 9.12.99, decisão publicada no *DJ* de 17 dez. 1999).

O voto corretamente encontra o nó da questão ao enfatizar que “o problema é saber quando a defesa da pretensão de direitos individuais homogêneos, posto que disponíveis, se identifica com o interesse social ou se integra no que o próprio art. 129, III, da Constituição denomina patrimônio social”.

De plano, o antigo decano da Suprema Corte descarta que tão somente a fundamentação constitucional do direito pleiteado possa trazer a legitimação, posição que é correta ante o caráter prolixo e regulatório de nossa Constituição¹².

Em seguida passa à análise do alcance do interesse social, conceito que para ele não é “axiologicamente neutro, mas, ao contrário – e dado o permanente conflito de interesses parciais inerentes à vida em sociedade – é idéia carregada de ideologia e valor, por isso, relativa e condicionada ao tempo e ao espaço em que se deva afirmar”.

Dada essa indefinição, é natural que se busque a complementação do legislador na sua concreção, e então a dúvida se deslocaria para se saber se a presença de interesse social depende exclusivamente do reconhecimento legal, ou se em determinadas situações, mesmo ausente disposição legal, a própria norma constitucional já seria o bastante. O voto sobre esse problema considera que “dado que deriva da Constituição a legitimação do MP para a hipótese, não se pode reputar exaustivo o critério que delega ao legislador o poder de demarcar a função de um órgão constitucional essencial à jurisdição”.

12 Por outras palavras, se bastasse ao MP apresentar fundamento constitucional para determinada demanda, teria legitimidade ampla e irrestrita sobre todos os aspectos da vida cotidiana, já que a Constituição de 1988 parece não ter deixado de fora nenhuma matéria que carregue alguma relevância social.

De acordo com o ministro Sepúlveda, o interesse social seria identificável, então, por dois critérios: o legal, em que a lei já considera presente tal interesse, o que dispensa qualquer discussão, e o constitucional, que seriam os correspondentes à “persecução dos objetivos fundamentais da República”¹³.

Após identificar as bases do que caracterizará a presença de interesse social em ações que versem sobre direitos individuais homogêneos, o ministro Pertence analisa a hipótese em julgamento, fazendo especial ressalva de que é possível, em tese, a existência de causas que versem sobre tributos e que estampem interesse social:

[...] essas as premissas à luz das quais volto à questão vertente de saber se, na defesa dos interesses individuais homogêneos dos contribuintes do IPTU de determinado município, se pode identificar o interesse social legitimador da assunção de sua causa pelo Ministério Público. Desde logo, não se me afigura sustentável que essa legitimação extraordinária do MP se possa prodigalizar, em nome do interesse social, para a defesa de qualquer resistência coletiva à tributação. É postura que trai uma contraposição apriorística entre o Estado e a sociedade civil, que

13 Prossegue: “Afinal de contas – e malgrado as mutilações que lhe tem imposto a onda das reformas neoliberais deste decênio – a Constituição ainda aponta como metas da República ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’ e ‘erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. [...]’ Esse critério – que se poderia denominar de interesse social segundo a Constituição – ainda que nem sempre explicitado em tese, parece estar subjacente a diversas decisões judiciais, algumas já citadas, que tem reconhecido a legitimação do MP para a defesa de direitos individuais homogêneos, seja ou não a hipótese simultaneamente enquadrável no âmbito da tutela dos consumidores: recorde-se, por exemplo, as questões relativas ao custo da educação privada (STF, RE 163231, Pl, 26.2.97, Corrêa; RE 185.360, 2 T. 17.11.97, Velloso, *DJ* 20.2.98; STJ: Resp 70.797, 13.11.95, Rosado, *DJ* 18.12.95 e precedentes), à seguridade social, à saúde – desde o caso dos usuários de planos de assistência ao do conjunto de trabalhadores carentes, vítimas de doença profissional oriunda das condições de trabalho de determinada empresa (STJ, REsp 58.682, 8.10.96, Direito, RDA 207/283)”.

Aqui, quiçá, está a única fragilidade argumentativa do voto, que, ao buscar, no projeto nacional inscrito no art. 3º, inciso I, da Carta Magna, de construção de sociedade livre, justa e solidária, o caminho para se alcançar o significado constitucional de interesse social em bases objetivas, acaba por não perceber que o critério (de se buscar ou não tal projeto de sociedade) é tão vago que não reduz a subjetividade que se disse indesejada.

constituiu um dos pressupostos do liberalismo burguês, historicamente incompatível com a ideário constitucional brasileiro, ainda vigente. Nele, ao Estado se reserva um papel insubstituível na redistribuição da renda e na promoção do desenvolvimento social para o desempenho do qual a tributação é um instrumento de relevo. Certo, pode haver casos – assim, para ilustrar, as hipóteses de tributos de efeitos regressivos e que induzem a exacerbar a concentração de rendas –, nos quais se patenteie, na resistência judicial coletiva ao Fisco, a carga de interesse social segundo a Constituição, que legitime o Ministério Público a promovê-la. Esse, contudo, não me parece ser o caso do IPTU ou de outra exação qualquer sobre a propriedade imobiliária, ao menos enquanto for tão obscena a distância entre a ordem social “justa e solidária” projetada pela Constituição e a realidade de um País de miseráveis sem-teto ou sem-terra.

Fica evidente que o voto em linha intermediária do ministro Sepúlveda, nada obstante não ter reconhecido a legitimidade do MP no caso julgado, não fechou as portas para a legitimidade, a depender da demonstração de interesse social no caso concreto. E a análise do inteiro teor do acórdão demonstra que a maioria dos ministros não se comprometeu com a tese de absoluta ilegitimidade para tratar das causas tributárias. A leitura do inteiro teor dos votos demonstra que a maioria dos ministros da Corte não conheceu do recurso extraordinário aventado pelo MP ou por considerarem que a permissão do ajuizamento da ação civil pública no caso criaria conflito com o controle concentrado de constitucionalidade ou porque a defesa de direitos de contribuinte seria a defesa de direitos patrimoniais. Apesar da profunda análise empreendida pelo ministro Sepúlveda e bem recepcionada pela maioria dos seus pares, seu voto foi pouco explorado nos julgados posteriores do STF, preferindo o tribunal aplicar automaticamente o posicionamento de que “o Ministério Público não tem legitimidade para propor ação civil pública que verse sobre tributos”¹⁴, sem qualquer atenção às situações que podem, nos termos do voto mencionado, trazer a legitimação do MP.

14 Posicionamento externado nos RE n. 559.985, RE n. 248.191 e RE n. 206.781.

4 Análise das razões para a negativa de legitimidade

As teses de negativa de legitimidade giram, basicamente, em torno dos seguintes fundamentos: de que o MP só estaria legitimado constitucionalmente a atuar em relação a interesses individuais indisponíveis (art. 127, *caput*), coletivos *stricto sensu* e difusos (art. 129, III), e de que há necessidade de lei específica para a atuação em direitos individuais homogêneos.

O primeiro argumento ancora-se numa interpretação literal da Constituição, e, como sabemos, raramente a interpretação literal é o melhor método exegético. Tem razão a doutrina que ensina serem os direitos individuais homogêneos, em verdade, subespécie dos direitos coletivos, mesmo porque essa categoria somente surgiu com o advento do CDC, e não se admite a interpretação constitucional condicionada por dispositivo infraconstitucional¹⁵. Mesmo porque a técnica correta é que o processo de extração de significado tenha o fluxo da norma constitucional para a norma de hierarquia inferior, e não o contrário. Essa corrente restritiva também é a que menos combina com as diretrizes constitucionais de acesso à justiça, à efetividade da jurisdição e do direito¹⁶ e ao devido processo legal¹⁷.

15 Nesse sentido é a lição de Ada Pellegrini Grinover (1998, p. 675): “Em primeiro lugar cumpre notar que a Constituição de 1988, anterior ao CDC, evidentemente não poderia aludir, no art. 129, III, à categoria dos interesses individuais homogêneos, que só viria a ser criada pelo Código. Mas, na dicção constitucional, a ser tomada em sentido amplo, segundo as regras de interpretação extensiva (quando o legislador diz menos que quanto quis), enquadra-se comodamente a categoria dos interesses individuais, quando coletivamente tratados”.

16 É interessante notar que a jurisdição civil coletiva é mais eficaz na tarefa de realizar o direito. A tutela coletiva tende a aplicar o Direito de forma igual e para todos, reduzindo-se casos de situações antijurídicas não corrigidas pelo Judiciário.

17 Há ainda os que acreditam que os direitos individuais homogêneos, quando defendidos coletivamente, são sempre indisponíveis, porque o que é disponível é o direito material, não sua defesa coletivizada (nesse sentido: SCHETTINO, 2004). *Data venia*, não concordamos. Parece-nos que essa corrente faz uso de um jogo de palavras para se chegar à conclusão de que a defesa dos direitos individuais homogêneos é sempre indisponível. Além disso, sua admissão implica em afirmar, *ipso facto*, que todo e

A posição de exigir a interposição legislativa para legitimar a atuação do MP também não encontra fundamento de validade na Constituição. Hoje é unanimidade na doutrina constitucionalista a necessidade de, sempre que o texto constitucional permitir, adotar postura exegética de valorização e realização da Constituição. É o conhecidíssimo princípio da máxima efetividade¹⁸. A redação do art. 127, *caput*, e do inciso III do art. 129 permite que o intérprete extraia sem muito esforço interpretativo que a vocação institucional do MP é atuar em qualquer causa, individual ou coletiva, em que haja manifesto interesse público-social.

Outro ponto que, no mais das vezes, passa sem exame são as leis orgânicas dos Ministérios Públicos Federal e Estadual, respectivamente o art. 6º, inciso VII, alínea *d*, da LC n. 75/1993¹⁹, e o art. 25, IV, alínea *a*, da Lei n. 8.625/1993²⁰, que expressamente outorgam legitimidade para a tutela de direitos individuais homogêneos.

Como vimos, os fundamentos usados para a negativa da legitimidade não são, tecnicamente, os melhores. Talvez a objeção mais

qualquer direito individual homogêneo seria defensível coletivamente pelo MP, com o que não concordamos, como veremos adiante.

18 “O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre as interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional” (BARROSO; BARCELLOS, 2008, p. 364).

19 Art. 6º: “Compete ao Ministério Público da União: VII – promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

a) a proteção dos direitos constitucionais; b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor; d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos; [...]”.

20 Art. 25: “[...] incumbe, ainda, ao Ministério Público: IV – promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos; [...]”.

difícil seja a levantada pelo mestre Miguel Reale (1997, p. 130)²¹, que alerta para a possibilidade de se *transformar a comunidade num conglomerado de incapazes*.

Se a legitimidade do MP para a defesa de direitos individuais homogêneos fosse geral e irrestrita, quiçá, de fato, correr-se-ia esse risco de passividade dos cidadãos na busca por seus direitos. Entretanto, no atual desenho da legitimação, não há qualquer chance de a legitimação do MP restringir o livre acesso das pessoas à justiça. Isso pelas seguintes razões: a legitimidade extraordinária dos entes não exclui a legitimidade ordinária do titular do direito individual; a legitimidade do MP é concorrente em relação aos outros legitimados coletivos (art. 5º da Lei n. 7.347/1985); a decisão judicial só pode beneficiar os interessados, apenas produzindo efeitos *erga omnes* em caso de procedência do pedido (art. 103, inciso III, CDC); e as ações coletivas não induzem à litispendência com as ações individuais (art. 104, CDC).

Contudo, o argumento que certamente põe por terra a objeção de Reale é a constatação de que a atuação do ente coletivo no mais das vezes não dispensa a participação do interessado individualmente para o gozo do seu direito. Isso porque a liquidação e execução do conteúdo da sentença coletiva nas ações civis públicas que tratem de direitos individuais homogêneos deve ser feita individualmente pelo interessado, caso queira se beneficiar da sentença. Do contrário, a execução será coletiva e beneficiará o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (arts. 97 a 100, CDC)²².

Agora vamos às especificidades da legitimação para matéria tributária.

21 O ilustre jusfilósofo defende, em suma, que o CDC alargou inconstitucionalmente a competência do Ministério Público. Diz que o texto constitucional optou por somente conferir legitimidade ao MP para a defesa em juízo de interesses difusos, coletivos ou indisponíveis, não salvaguardando a Constituição em nenhuma hipótese a defesa de interesses individuais homogêneos (REALE, 1997).

22 Se no plano jurídico não há dúvida, como se viu, da improcedência do temor de transformar as pessoas em incapazes pela legitimação extraordinária para tutela de direitos individuais homogêneos, merece estudo mais profundo como tal legitimação tem, no plano sociológico, influenciado a busca pela justiça individualmente.

As razões teóricas para a negação de legitimidade do MP para tratar de matérias tributárias centram-se nas seguintes asserções²³: a) a relação entre contribuinte e Fisco não se confunde com a relação de consumo; b) haveria conflito entre o controle concentrado de constitucionalidade e o controle difuso; c) o MP estaria demandando direitos patrimoniais sem autorização legal para tanto.

Não se discute que a relação consumidor-fornecedor é absolutamente distinta da relação contribuinte-fisco, mas isso, isoladamente, não parece ser fundamento suficiente para concluir que o MP não tem legitimidade. O raciocínio utilizado firma-se na inteligência do CDC como se fosse a única lei capaz de permitir a atuação do *Parquet* na hipótese. Esquece-se que a Constituição, nos dispositivos que tratam do Ministério Público e das garantias constitucionais processuais, já dispõe de peso normativo suficiente para outorgar legitimação à instituição independentemente de interposição legislativa. Ainda há, como vimos, dispositivos legais expressos na Lei Complementar n. 75/1993 e na Lei n. 8.625/1993. Portanto, não nos parece que esse fundamento seja juridicamente apto a sustentar a negativa de legitimidade.

Por sua vez, de fato, mostra-se correto o entendimento de que a ação civil pública não pode fazer as vezes das ações de controle concentrado de constitucionalidade. Quanto a isso há praticamente unanimidade doutrinária e jurisprudencial. O Supremo, a nosso ver acertadamente, tem entendido que é cabível o controle difuso de constitucionalidade sempre que a controvérsia constitucional não se identifique com o objeto da demanda, sendo apenas causa de pedir²⁴. Assim, sempre que no mundo dos fatos a ação coletiva produzir os mesmíssimos efeitos do controle concentrado de constitucionalidade, é intuitivo que não se permita o manejo da ação civil pública para a declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade, sob pena de se usurpar o poder que é reservado somente ao Supremo Tribunal

23 Aqui nos focamos nas razões levantadas no RE n. 195.056.

24 Apenas para ficar nas mais recentes manifestações, vide Reclamações n. 1.733 e n. 2.460.

Federal (em relação ao controle de constitucionalidade em face da Constituição Federal) e aos tribunais de justiça dos estados (em relação às constituições estaduais).

Talvez o fundamento mais robusto seja a alegação de que a defesa de contribuintes redundaria na defesa de direitos patrimoniais, o que não se revelaria compatível com as missões constitucionais do MP. Aqui, assentindo com a premissa do raciocínio²⁵, entendemos que o MP só terá autorização para funcionar quando, pelas *características da situação fática*, houver evidente *interesse social na judicialização coletiva da questão*. Adiante veremos o que, a nosso ver, caracteriza, ou ao menos indica, a existência desse interesse social. Por ora, basta um exemplo para evidenciar que a legitimação ampla e total em qualquer matéria tributária é indevida. Imaginemos a cobrança ilegal (até mesmo inconstitucional!) de determinado tributo em relação a grandes empresas. Parece evidente que em casos tais o Ministério Público não deve atuar, não pelo menos em sede de jurisdição civil coletiva²⁶.

Por último, examinemos a alteração legislativa operada justamente para restringir a utilização da ação civil pública em relação a pretensões que envolvam tributos.

A Medida Provisória n. 2.180-35/2001 acrescentou ao art. 1º da Lei n. 7.347/1985, parágrafo único, que dispõe: “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”.

É a tentativa do Poder Executivo de, legislando em causa própria, erguer barreira intransponível para a defesa coletivizada que envolva temas tributários e afins, área estratégica para o Governo, e

25 Segundo o qual, o MP não tem a função de advogado defensor de pessoas com condições suficientes de buscar seus direitos em juízo.

26 O Procurador-Geral da República poderia exercitar sua legitimidade para ajuizar ADI, mas aí estaríamos em outro terreno, o do controle de constitucionalidade concentrado.

tentar cristalizar o entendimento externado pelo STF no *leading case* RE n. 195.056²⁷.

Lógico que esse dispositivo também não pode constituir obstáculo absoluto à jurisdição civil coletiva em 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 atual redação do parágrafo único do art. 1º da LACP, se interpretada em sua literalidade, é frontalmente incompatível com os dispositivos constitucionais que se referem ao acesso coletivo à justiça. O dispositivo importa em negativa constitucionalmente ilegítima à ação civil pública, pois representa visível caso em que o Poder Executivo abusa do poder extraordinário de expedir medidas provisórias, de modo a afastar-se dos riscos que representa para ele, Poder Executivo, uma tutela jurisdicional efetiva e que atinja a totalidade das ilegalidades que, na maior parte das vezes, deu causa. Trata-se de dispositivo introduzido por meio de medida provisória que obviamente não atende aos requisitos constitucionais de relevância e urgência (art. 62 da CF/1988)²⁸.

Não são poucas as vozes que atacam a disposição limitadora da jurisdição civil coletiva. Por todos, veja-se a opinião de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery²⁹, e Hugo Nigro

27 Já vimos acima que a posição do STF, quando do debate no RE n. 195.056, não foi tão restritiva como muitos querem fazer crer.

28 “A inobservância das normas constitucionais de processo legislativo tem como consequência a inconstitucionalidade formal da lei ou do ato normativo produzido, possibilitando pleno controle repressivo de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, tanto pelo método difuso quanto pelo método concentrado” (MORAES, 2001, p. 560).

29 “[...] o texto constitucional proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário ameaça ou lesão a direito. O parágrafo ora comentado exclui da apreciação judicial ameaça ou lesão a direito, em desobediência intolerável à Carta Magna e, portanto, ao estado democrático de direito (CF, art. 1º, *caput*). Ainda que se entenda que a norma comentada apenas limitaria o pedido judicial, na verdade, proíbe o ajuizamento de ação coletiva nos casos 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

Mazzilli³⁰⁻³¹. No mínimo, é necessário conferir interpretação conforme a Constituição³², de modo a salvar alguma parcela do conteúdo normativo e compatibilizá-lo com os dispositivos constitucionais superiores já apontados. Assim, o mais razoável e compatível com as disposições constitucionais sobre o Ministério Público e com as cláusulas do devido processo legal e do amplo acesso à justiça é que,

o poder Judiciário examine pretensões coletivas contra atos dele, Poder Executivo. A proporcionalidade, a razoabilidade e a moralidade administrativa são desrespeitadas pelo parágrafo incluído pela medida provisória 2180-35. O poder judiciário não poderá dar cumprimento a esta norma inconstitucional” (NERY JUNIOR; NERY, 2002, p. 1332).

30 “[...] flagrante é a inconstitucionalidade de medida provisória que tenta impedir o acesso coletivo à jurisdição, que é garantia constitucional. Ou seja, é o mesmo que, tendo a Constituição garantido acesso à jurisdição, não só sob aspecto individual como coletivo, vir o administrador e dizer que, nos casos em que ele não o deseja, não cabe acesso coletivo à jurisdição. [...] A lei infraconstitucional não pode proibir nem o acesso individual nem o acesso coletivo à jurisdição. Poderia ser dito que, embora o parágrafo único do art. 1º da LACP vede hoje o acesso coletivo à jurisdição, continua assegurado em sua plenitude o acesso individual. Entretanto, essa objeção não serve de escusa, pois tanto é garantia constitucional o acesso individual como o acesso coletivo à jurisdição. Não pode a lei infraconstitucional impedir tanto um como o outro” (MAZZILLI, 2000, p. 107-108).

31 Pedro Lenza (2003, p. 206) muito bem coloca que o dispositivo restritivo vai contra toda a sistemática da jurisdição coletiva: “Este entendimento [do RE 195.056] da mais alta Corte do país encontra fundamento legal no art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/85, que estabelece não ser cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados (redação dada pela MP 2.180-35, de 2001). Novamente retoma-se a crítica já exarada neste estudo, especialmente pelo fato de que a referida regra, introduzida por medida provisória, desnatura a essência da tutela coletiva. O argumento segundo o qual não se tutelariam as relações tributárias por não se caracterizarem como relações de consumo fogem por completo da essência da ação civil pública e faz surgir inconcebível insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas, que só eventualmente serão uniformizadas pelo STF [...]”.

32 “Com efeito, ao recomendar – nisso se resume este princípio –, que os aplicadores da Constituição, em face das normas infraconstitucionais de múltiplos significados, escolham um sentido que as torne constitucionais e não aquele que resulte em sua declaração de inconstitucionalidade, esse cânone legislativo, ao mesmo tempo que valoriza o trabalho legislativo, aproveitando ou conservando leis, previne o surgimento de conflitos, que se tornariam crescentemente perigosos caso os juízes, sem o devido cuidado, se pusessem a invalidar os atos da legislatura” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 119).

ao menos, interprete-se o dispositivo como vedação à utilização da jurisdição civil coletiva somente quando não presente relevante interesse social na proteção coletiva dos direitos. Vislumbra-se isso – a inexistência de interesse social –, por exemplo, quando a ação civil pública objetiva tão somente a manutenção, o incremento ou a recomposição patrimonial de grupo não hipossuficiente.

5 Tópicos ainda pouco debatidos

Acredito que a discussão do tema em tela ainda careça da análise de alguns aspectos teóricos e de algumas possibilidades fáticas.

Tópico que em regra não tem sido devidamente notado nessa celeuma é a força normativa do inciso II³³ do art. 129 da Constituição. Todo o debate se passa como se a função institucional do MP na jurisdição civil coletiva haurisse forças tão somente do inciso III desse artigo, quando a redação do inciso II é especialmente rica em significado e em potencialidades. A maioria dos julgados que aborda o tema nem sequer menciona o inciso II³⁴. O mesmo se dá com a maioria dos artigos científicos³⁵.

O perigo da aplicação mecânica de ementas e de se criar, com base nesse procedimento automático, *jurisprudência consolidada* ou *unânime* é justamente fechar os olhos para a riqueza de hipóteses que

33 “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”.

34 Em nossa pesquisa, encontramos apenas o RE n. 472.489.

35 Louvável exceção é o artigo “Legitimidade do Ministério Público para a defesa dos interesses individuais homogêneos: importância em face do controle individualista do controle judicial da administração no Brasil”, de Paulo Gustavo Guedes Fontes, p. 265-277. O autor chama a atenção para o problema das formas tradicionais de controle judicial da Administração no Brasil terem caráter individual (invalidação do ato administrativo ilegal somente para o particular que, por exemplo, ajuizar um mandado de segurança), o que se revela menos eficaz que o mecanismo mais tradicional na França, o *recours pour excès de pouvoir*, que têm eficácia *erga omnes*, podendo ser manejado por qualquer interessado (que não precisa ser exclusivo).

não são devidamente avaliadas em suas peculiaridades. É o caso dessa *jurisprudência* a respeito da legitimação do *Parquet* para tratar, em sede de jurisdição civil coletiva, de matérias tributárias.

Como é sabido, uma das espécies tributárias é a taxa³⁶. Não é raro que o Estado cobre taxas exigíveis em razão do exercício de seu poder de polícia ou em face da existência de serviço público, que na prática restrinjam abusivamente (como no exemplo que veremos abaixo, da exigência de taxa para expedição de CPF) o exercício de importantes e socialmente relevantes direitos constitucionais.

Imaginemos, então, o exercício de poder de polícia, realizado mediante a cobrança de taxa que na prática limite excessivamente direito fundamental revestido de relevância social. Suponhamos, por exemplo, a cobrança de taxa elevada para a expedição do habite-se, por parte de determinada prefeitura, em relação a imóveis populares. No caso, a atuação estatal, que envolve o manejo de tributo, estará limitando de forma absolutamente inconstitucional o exercício do direito constitucional à moradia³⁷. Será que não haveria legitimidade do MP para ajuizar ação coletiva que atacasse esse ato concreto do Poder Público? A nosso ver, é evidente que haveria, caso contrário se estaria negando vigência aos incisos II e III do art. 129 da Carta Magna, que dispõem ser função institucional do MP “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”³⁸ e promover “o inquérito civil público e a ação civil pública”.

Outro exemplo fácil nem sequer é hipotético. Muitas instituições públicas de ensino estão cobrando de alunos diversas taxas,

36 “Têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição” (art. 77 do CTN).

37 Direito social (art. 6º, CF) essencial à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).

38 E quais seriam as medidas necessárias? O inquérito civil público e a ação civil pública, previstos no inciso seguinte.

como de matrícula ou de expedição de diploma, sem qualquer autorização legal e contrariando a determinação constitucional de gratuidade do ensino público (art. 206, IV, CF/1988)³⁹. Será que o *Parquet* não poderá defender em juízo os alunos (e contribuintes) que têm o direito à educação ilegitimamente restringido?

Como se vê, é possível que haja uma gama imensa de situações nitidamente vocacionadas à atuação do Ministério Público e que envolvam, direta ou indiretamente, tributos. Perfeita a passagem do voto do ministro Sepúlveda quando antevê a possibilidade de casos em que, nada obstante tratem de tributos, haja patente interesse social na atuação do Ministério Público.

A jurisprudência ainda não parece ter percebido essa variabilidade de situações e as implicações para fins de legitimidade. Exceção é interessante julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, apesar de não ter enfrentado a questão, reconheceu a legitimidade do Ministério Público para atacar a cobrança de taxa de expedição de CPF⁴⁰. Ainda que timidamente e sem aprofundar a questão⁴¹, o tribunal teve o mérito de dar especial importância às

39 Recentemente o STF editou a Súmula Vinculante n. 12, que dispõe: “A cobrança de taxa de matrícula viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal”.

40 “A necessidade de obtenção do CPF constitui-se em direito fundamental mínimo para o exercício da cidadania, e, por consequência, estaria inserida entre os interesses sociais passíveis de serem defendidos pelo Ministério Público em sede de ação civil pública, de acordo com o art. 127 da Constituição, a despeito da discussão de constituir-se ou não o compulsório ônus a cargo do cidadão, de R\$ 4,50 (quatro reais e cinquenta centavos), preço público ou taxa. 2. Afastado o viés tributário e fixada a legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público, considerando a previsão constitucional do art. 5º, LXXVII, de que ‘são gratuitos, [...] na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania’, em um país em que 40% da população é pobre e tem renda per capita de até meio salário mínimo, dá-se provimento ao apelo a fim de declarar ilegal a cobrança da referida ‘taxa’, condenando-se as rés a obrigação de não fazer, consistente em deixar de efetuar a cobrança a partir de trinta dias a contar da intimação deste julgado”. Proc. n. 2001.72.00.003230-9 (SC).

41 A redação da ementa dá a entender que não se enfrentou o tema da legitimidade em matéria tributária, mas o voto do Desembargador Federal Álvaro Eduardo Junqueira registra: “é de ser afastada a alegação de que a matéria que deu ensejo a presente causa,

circunstâncias fáticas que clamorosamente envolviam palpável interesse social a legitimar a atuação do MP, ao invés de se apegar ao argumento de que se tratava de matéria tributária, e por conseguinte vedada a ação do *Parquet*⁴².

Outro aspecto que vem sendo pouquíssimo debatido é que nem toda ação civil pública que diga respeito a tributos tem o objetivo de tutelar contribuintes que possam “ser individualmente determinados”, para usar a literalidade do malfadado parágrafo único do art. 1º da Lei n. 7.347/1985. Por exemplo, ações para atacar benefícios fiscais lesivos aos cofres públicos são aquelas que, em verdade, tutelam o direito difuso à higidez do Erário e do patrimônio público e à moralidade na administração tributária, mas por pouco a repetição impensada de julgados não fez a legitimidade ser rejeitada ao fundamento da “ilegitimidade para causas tributárias”, como se a cláusula restritiva contida no parágrafo único do art. 1º, já citado, (se fosse válida) devesse ser interpretada ampliativamente. O STJ, ao julgar inicialmente a impugnação, via ação coletiva, a benefício fiscal concedido pelo Distrito Federal, tido pelo MP por lesivo aos cofres públicos, em princípio deu o MP por ilegítimo, por se tratar de causa “com objetivos tributários” (REsp n. 691.574/DF, bem como REsp n. 855.691/DF, REsp n. 845.034/DF, REsp n. 873.310/DF, REsp n. 730.928/DF, entre outros) até que o Supremo Tribunal Federal (RE n. 576.155) decidiu pela legitimidade do MP nessas situações, fazendo reverter a jurisprudência até então restritiva do STJ.

por envolver a cobrança de tributo, não poderia ser veiculada pela via da ação civil pública, em decorrência do disposto no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 7.347/1985. É que a controvérsia não diz respeito a cobrança de tributo, mas a necessidade do pagamento de um determinado valor para a realização do Cadastro de Pessoa Física e os prejuízos daí decorrentes no exercício da cidadania”.

- 42 Houve voto vencido nesse sentido, de lavra do juiz convocado Leandro Paulsen. Eis um trecho: “verifico que a tese desenvolvida pressupõe a natureza tributária do montante cobrado - R\$ 4,50 - combatendo-o sob a perspectiva da violação à legalidade tributária, com vista à proteção dos cidadãos-contribuintes, mas que não constitui objeto possível de ação civil pública (no rol do art. 1º da Lei n. 7.347/1985 não há enquadramento para o objeto em questão), tampouco apresenta o Ministério Público legitimidade para tanto”.

Fundamental, assim, que se atente para as circunstâncias do caso concreto.

6 Algumas pistas sobre a existência de relevante interesse social

Geralmente a doutrina busca tatear o interesse social que legitima a atuação do MP, identificando-o, conforme famosíssima expressão do italiano Renato Alessi, como o *interesse público primário*, ou seja, interesse de toda a coletividade, interesse comunitário, e expressões próximas, todas a denotar que a instituição tem em seu *ethos* a busca do bem coletivo e da realização da justiça. Essas expressões, se dão algum norte para a interpretação, ainda carecem de densidade e objetividade que permitam uma abordagem mais livre de impressões pessoais e portadora de maior segurança jurídica⁴³.

Assim, encaremos a difícilíssima missão de tentar elencar as matérias em que há relevante interesse social a legitimar a atuação do MP em relação a direitos individuais homogêneos. Antes, porém, advirta-se que não temos a pretensão de exaurir as hipóteses em que existe interesse social a legitimar a atuação do MP nos casos de direitos individuais homogêneos. Nossa intenção é, com base na Constituição e legislação ordinária, apontar matérias e circunstâncias que aprioristicamente trazem a presença de interesse social. Todavia é importante perceber que só se poderá dizer em definitivo sobre a existência ou não de interesse social no caso concreto⁴⁴.

43 Temos ciência de que é impossível, ou quase, em assuntos dessa complexidade, encontrar enunciado simples e objetivo que permita, de forma ótima, a aplicação das normas incidentes em todas suas potencialidades. De qualquer forma, é necessário tentar um desenvolvimento maior de fórmulas genéricas.

44 A legislação (constitucional e ordinária) trabalha com conceitos abertos justamente para permitir ao juiz maior dose de discricionariedade. Nesse sentido: “Mas, muitas vezes, a passagem da descrição à qualificação não é óbvia, pois as noções sob as quais devem ser subsumidos os fatos podem ser mais ou menos vagas, mais ou menos imprecisas, e a qualificação dos fatos pode depender de um conceito, resultante de uma apreciação ou de uma definição prévia [...] Assim também as noções de equidade, interesse público,

Com base no exame das hipóteses em que vislumbramos a presença de interesse social, podemos dividi-las em interesse social em razão da matéria e interesse social em razão da pessoa⁴⁵; e em relação à norma que consubstancia o interesse social, em interesse social com fundamento na Constituição e interesse social fundamentado em lei.

A própria Constituição já traz catálogo de direitos de maior relevo sistêmico, que trazem em si interesse social em sua concretização pela atuação do MP em tutela coletiva. São os direitos sociais e determinados direitos fundamentais de especial importância. E a interpretação no sentido da necessidade de lei que explicita as matérias nas quais o MP terá legitimação em direitos individuais homogêneos é anacrônica e redutiva da força normativa da Constituição, contrariando dois princípios básicos de interpretação constitucional: da força normativa da Constituição e da máxima efetividade. Como dito, está fora de questão que as disposições constitucionais devem ter sua força normativa reconhecida, com eficácia plena e aplicabilidade imediata, sempre que houver base linguística no texto constitucional a amparar a exegese⁴⁶. A diretriz interpretativa da máxima efetividade “orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar seu conteúdo” além de veicular “um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a

urgência, bons costumes apelam a critérios, a ‘padrões’ que o legislador não definiu. Recorreu a essas noções em razão dessa indeterminação mesma, justamente para deixar ao juiz um poder de apreciação” (PERELMAN, 2004, p. 47-49).

45 Por exemplo, em casos em que houver a presença de pessoas portadoras de deficiência, haverá legitimação em razão da pessoa. Em casos que envolverem, por exemplo, direito à educação, haverá legitimação em razão da matéria.

46 “A força normativa da Constituição visa exprimir, muito simplesmente, que a Constituição sendo uma lei como lei deve ser aplicada. Afasta-se a tese generalizadamente aceite nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX que atribui à Constituição um ‘valor declaratório’, ‘uma natureza de simples direcção política’, um carácter programático despido de força jurídica actual caracterizadora das verdadeiras leis” (CANOTILHO, 2003, p. 1150).

interpretações expansivas” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 118). E como já vimos, no voto do RE n. 195.054, o ministro Sepúlveda demonstra à sociedade a existência de base normativa constitucional apta a permitir a legitimação do MP para atuar na defesa de direitos individuais homogêneos independentemente de dispositivo infraconstitucional. No mesmo sentido, o RE n. 472.489, de relatoria do ministro Celso de Mello, no qual o Supremo reconheceu que o MP tem direito de defender coletivamente o direito dos cidadãos à obtenção de certidões e informações de interesse pessoal perante o INSS.

É lógico que, afóra a legitimação direta em virtude da Constituição, a legitimação do MP pelo legislador é viável, mesmo porque o constituinte, além da abertura da redação do inciso III do art. 129, de que já tratamos acima, cuidou de moldar a instituição ministerial de forma a possibilitar a outorga de novas atribuições compatíveis com sua finalidade, vedando-se tão somente a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (inciso IX, art. 129). Vale lembrar que o art. 127 diz que o MP é incumbido de defender a ordem jurídica e o regime democrático⁴⁷.

Assim, a presença de relevante interesse social pode decorrer de fixação pelo legislador ordinário, em virtude da abertura deixada pelo constituinte nos incisos III e IX do art. 129. Portanto é lícito ao Poder Legislativo prever hipóteses em que, em princípio, somente pelo texto constitucional, não haveria legitimação do MP. Parece que é o caso, por exemplo, da Lei n. 7.913/1989 – que outorga atribuição do MP para ajuizar ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos de investidores do mercado mobiliário, em situações de operação fraudulenta, prática não equitativa, manipulação de preços ou criação de condições artificiais de procura,

47 Parece-nos fundamental que a atividade institucional do órgão esteja nos estreitos limites da missão que o constituinte deixou. Vemos como duvidosa a constitucionalidade da Lei n. 11.448/2007, que legitimou de modo irrestrito a Defensoria Pública para a ação civil pública. Aliás, o STF, na ADI 3022-1/RS, declarou inconstitucional lei estadual que ampliou a atribuição da Defensoria para além dos limites do art. 134 da Constituição, que dispõe incumbir ao órgão “a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

oferta ou preço de valores mobiliários (inciso I, art. 1º); compra ou venda de valores mobiliários por parte dos administradores e acionistas controladores de companhia aberta, utilizando-se de informação relevante, ainda não divulgada para conhecimento do mercado, ou a mesma operação realizada por quem a detenha em razão de sua profissão ou função, ou por quem quer que a tenha obtido por intermédio dessas pessoas (inciso II, art. 1º) e omissão de informação relevante por parte de quem estava obrigado a divulgá-la, bem como sua prestação de forma incompleta, falsa ou tendenciosa (inciso III, art. 1º)⁴⁸ –; bem como da Lei n. 6.024/1974, arts. 45 a 49, que possibilita a defesa coletiva de credores de instituições financeiras postas sob intervenção ou liquidação extrajudicial⁴⁹.

Com fundamento na análise dos princípios e regras constitucionais aplicáveis e da legislação infraconstitucional que dispõe sobre as tarefas do MP em âmbito civil⁵⁰, podemos dizer que há legitimação *prima facie* para defender em juízo direitos individuais homogêneos quando se tratar de:

- a) proteção de direitos inerentes ao núcleo consensual da dignidade da pessoa humana, isto é, liberdades públicas de relevância coletiva – como por exemplo o direito à petição e à informação (art. 5º, inciso XXXIII e XXXIV, CF/1988), direito à não discriminação em razão de cor, gênero, raça ou condição física (art. 5º, *caput*), direito à liberdade de expressão (art. 5º, inciso IX), direito à intimidade, honra e vida privada, em seus aspectos não patrimoniais (art. 5º, inciso X), direito ao livre exercício de profissão (art. 5º,

48 Parece que a *ratio essendi* das disposições legais, muito além de tutelar os interesses dos investidores, é proteger a confiabilidade do mercado de ações.

49 Nessa hipótese parece que deve haver filtragem constitucional do sentido da lei, anterior à CF/1988, porque sua literalidade permite que o MP defenda interesses de grandes investidores credores de instituições sob intervenção ou liquidação extrajudicial, o que por óbvio se revela incabível. Assim, as disposições têm sentido quando pensamos em instituições bancárias de varejo com ampla base de pequenos e médios correntistas, sendo, nesse caso, vantajoso que uma só ação cuide de múltiplos interesses.

50 Rosa Maria Andrade Nery e Nelson Nery Junior (2002, p. 396) fazem interessante apanhado da legislação que confere atribuição ao MP em sede cível.

- inciso XIII), direito de votar e ser votado etc. –, e proteção dos direitos sociais (educação, saúde, previdência social etc.);
- b) direitos do cidadão frente à Administração Pública e em relação a serviços públicos (art. 129, inciso II)⁵¹;
 - c) direitos de hipossuficientes e grupos minoritários, discriminados ou vulneráveis;
 - d) lesão de grande impacto social, grande dispersão dos lesados, ou microlesões que desincentivem ações individuais.

Em todas essas situações, em princípio, haverá interesse social que justificará a atuação do MP, *independentemente de se tratar ou não de causa que envolva tributos*.

É perceptível a feição das matérias que têm afinidade com o MP, ou seja, que têm indício de presença de interesse social: são matérias de sentida e concreta importância para a sociedade e que, em regra, não têm em primeiro plano conteúdo patrimonial⁵²⁻⁵³; e assim dizem mais

⁵¹ Por exemplo, direito de inscritos em determinado concurso ao respeito, pela Administração, das cláusulas dispostas no edital. Nessas situações, o MP atua fazendo as vezes de *Defensor do Povo*, órgão independente presente em inúmeros países da América Latina e em alguns países europeus (onde tomam diferentes denominações) a quem cabe, em regra, investigar e tomar as providências para fazer valer os direitos humanos dos cidadãos frente ao Poder Público e serviços públicos. No sentido de que o processo constituinte brasileiro optou por não criar defensoria do povo autônoma, mas sim de inserir as atribuições típicas desse órgão entre as competências do Ministério Público (MAZZILLI, 1993, p. 157).

Merece menção interessante trecho do artigo *O papel do ombudsman no direito brasileiro*, de Juliana Almenara Andaku (2006, p. 5): “No Brasil, a instituição do *ombudsman* foi descartada durante os trabalhos constituintes porque o Ministério Público pleiteou e ocupou o espaço que se abriu para a criação de órgãos fiscalizadores do Estado, na defesa dos interesses da sociedade. A partir da década de 80, o Ministério Público veio acumulando atribuições que lhe permitiram, na constituinte de 1987-1988, reivindicar também o papel de *ombudsman*”.

⁵² Com exceção das legitimações decorrentes do estado da pessoa. Por exemplo: para defender patrimônio de menor ou incapaz.

⁵³ Embora possa haver expressão patrimonial em plano secundário. Exemplo: ação civil pública para garantir a determinados potenciais segurados o pagamento de benefício

respeito ao *status dignitatis* da pessoa humana, à necessidade de se conferir, na seara processual, paridade de armas entre os litigantes (princípio da igualdade material)⁵⁴ e tencionam a concretização dos ideais de justiça. Por outro lado, as matérias em que a afinidade, visivelmente e sem qualquer discussão, não ocorre são as aprioristicamente patrimoniais, relacionadas a pessoas não hipossuficientes.

Abra-se um parêntese para um detalhe pouco percebido que nos parece até intuitivo: a legitimação do MP para o ajuizamento de ação coletiva não decorre da caracterização de determinado caso como difuso, coletivo ou individual homogêneo⁵⁵, *mas sim da presença de palpável interesse social (rectius, interesse público)*. É interessante mencionarmos isso porque temos a chance de também desmistificar a noção de que todos os interesses difusos e coletivos, por si só, são tuteláveis pelo MP. Basta pensar em um dano patrimonial, provocado por terceiro, a alguma área comum de um condomínio de apartamentos de luxo.

legal pelo INSS. Ou ainda: ação civil pública para reconhecer dano produzido pelo Estado pela aplicação de inseticida altamente tóxico que causou contaminação, com mortes e danos físicos e psicológicos, a servidores e cidadãos irresponsavelmente expostos pelo Estado, e ainda pleitear tratamento especial e indenização. O exemplo é real, e ficou conhecido como Caso Malathion. A ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal teve procedência em primeira instância.

- 54 Não é por outra razão que a legislação comumente atribui ao MP a defesa de interesses de pessoas que podem ser consideradas hipossuficientes.
- 55 Mesmo porque, dependendo da forma como se levam os fatos a juízo, estes podem assumir contornos de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Essas categorias, na maior parte das vezes, não são, de forma alguma, estanques. Do mesmo fato podem surgir demandas difusas, coletivas e individuais homogêneas. Nesse sentido: “O que caracteriza um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual homogêneo é o tipo de pretensão deduzida em juízo. Um mesmo fato pode dar origem à pretensão difusa, coletiva e individual homogênea” (NERY JUNIOR; NERY, 2002, p. 1328). Vide ainda Tepedino (1999, p. 307): “A rigor, não seria exagero afirmar que, em termos práticos, as lesões a interesses coletivos ou difusos normalmente implicam a configuração de interesses individuais homogêneos, sendo muito difícil isolar cada uma dessas espécies de interesses, de modo a que se pudesse identificar, diante de uma hipótese concreta, a presença do interesse estritamente coletivo ou exclusivamente individual homogêneo. Daqui a conclusão inelutável de que, na relação de consumo, a restrição ao Ministério Público de atuação da defesa dos interesses individuais homogêneos significa, praticamente, a obstrução de suas funções institucionais”.

Teríamos então caso de nítido direito coletivo do grupo de condôminos em face da pessoa que produziu o dano. No entanto, ficaria difícil pensar que o MP seria legitimado para buscar o ressarcimento nesse caso, uma vez que, se agisse, estaria na defesa de interesses nitidamente privados, de pouca relevância social, de pessoas capazes de buscar seus direitos sem a intervenção ministerial. Visível seria, a olho nu, a impertinência da atuação.

Da mesma forma, em se tratando de direito individual homogêneo, na verdade, o que permitirá e indicará a atuação do MP será a presença de algum fator demonstrativo de interesse social. Nesses casos, a afinidade institucional do MP para a atuação em causas de maior importância social força a sua legitimação, mesmo que haja lei (inconstitucional) em sentido contrário.

Como se vê, é possível desenhar círculo de atribuição, com razoável grau de segurança, delimitando-se áreas em que o MP tem aprioristicamente atração em vista de suas finalidades institucionais, com forte sinal de interesse social, bem como áreas em que *prima facie* há repulsa da presença do MP no polo ativo da demanda coletiva, em que as características da demanda visivelmente não recomendam a intervenção de instituição com a feição do MP. Certo é que pode haver zonas cinzentas, em que se misturem índices de atração e repulsão, e nesses casos deve-se recorrer ao prudente arbítrio das duas instituições encarregadas de escolher entre a legitimação ou não, primeiramente o MP e, definitivamente, o Judiciário⁵⁶.

7 Conclusão

Como vimos, a legitimidade do MP para o tratamento coletivo de direitos individuais homogêneos ainda é tema permeado por análise superficial dos fundamentos constitucionais que animam a atuação dessa instituição, e essa situação se complica quando o tema

56 A variabilidade de casos nos impede de pretender listar todas situações de legitimação e de não legitimação. Preferimos, assim, falar em dados que *prima facie* legitimam ou que afastam a legitimação.

levado a juízo, de alguma forma, *tem a ver com tributos*. Há uma espécie de repetição impensada da fórmula genérica do tipo *o MP não tem legitimidade para atuar em matéria tributária*, sem um devido aprofundamento sobre os axiomas constitucionais incidentes e com a postura, pouco compatível com a boa ciência jurídica, de ignorar a enorme gama de casos e situações em que a legitimação, diretamente extraída do texto constitucional, é óbvia, quicá eloquente.

Procurou-se ainda chamar a atenção para hipóteses que, a nosso ver, estão pouco exploradas pela doutrina, como nas situações em que o poder tributário do Estado vulnerar seriamente direito social ou direito fundamental especialmente vinculado ao *status dignitatis* da pessoa humana, bem como ventilar certos aspectos do *leading case* RE n. 195.056 que têm sido esquecidos.

As soluções aqui propugnadas vão ao encontro da terceira, última, e mais desafiadora onda renovatória⁵⁷ da ciência processual, que propõe o alargamento e a potencialização do acesso à justiça, não somente no sentido de se abrirem as portas do Judiciário, mas também no sentido do direito à busca de uma justa ordem jurídica, por meio de mecanismos aptos e compatíveis ao nosso tempo⁵⁸.

É lógico que o tratamento coletivo dos conflitos, em juízo, não pode ser feito ao arrepio da Constituição⁵⁹ e da lei, e que abusos devem ser repelidos. É evidente, ainda, que a ação civil pública não é panaceia

57 Expressão famosa de Mauro Cappelletti (1977).

58 Cappelletti (1977, p. 136-137), na década de 1970, já advertia que a massificação social produz efeito no sistema de justiça, na medida em que o indivíduo pessoalmente lesado não está em boa posição para assegurar, nem a si mesmo nem à coletividade, adequada tutela contra violações de interesses coletivos. Isso por várias razões: não há mais indivíduo que aja sozinho na defesa do coletivo, ou há muito pouco, acrescentaríamos; o dano difuso ou coletivo não atinge diretamente o indivíduo; o dano muitas vezes é tão pequeno que, do ponto de vista patrimonial, não há motivos para ajuizar ação, por sempre envolver tempo e dinheiro.

59 Merece especial menção a ampliação da legitimação para a ação civil pública à Defensoria Pública (Lei n. 11.448/2007). A inovação é bem-vinda desde que a Defensoria atue em consonância com sua missão constitucional, não privilegiando a atuação coletiva em

que resolverá todos os problemas metaindividuais de nossa sociedade plural e de massa, nem tem esse condão salvador qualquer órgão estatal, por mais atribuições e atributos constitucionais que possua, mas é certo que há importantes vias de realização de macrojustiça que vêm sendo subutilizadas em nosso sistema jurídico.

Referências

ANDAKU, Juliana Almenara. O papel do ombudman no direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1.209, 23 out. 2006. Disponível em: <jus.com.br/artigos/9077>. Acesso em: 2 maio 2010.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luis Roberto (Org.); BARCELLOS, Ana Paula. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANOTILHO, Joaquim. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, p. 128-159, jan./mar. 1977.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. v. 4. Salvador: JusPodium, 2008.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Legitimidade do Ministério Público para a defesa dos interesses individuais homogêneos: importância em

detrimento da orientação e defesa dos que não podem arcar com advogado privado (art. 134 da CF/1988).

face do controle individualista do controle judicial da administração no Brasil. In: ROCHA, J. C. de Carvalho; HENRIQUES FILHO, T. H. P.; CAZETTA, Ubiratan (Coord.). *Ação civil pública: vinte anos da Lei 7.347/1985*. Belo Horizonte: Del Rey e ANPR, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAZZILLI, Hugo. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Regime jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1993.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva e IDP, 2008.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 189, set. 2011.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martin Fontes, 2004.

REALE, Miguel. Da ação civil pública. In: _____. *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SCHETTINO, José. A tutela dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Org.). *Temas contemporâneos de direito processual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A questão ambiental, o Ministério Público e as ações civis públicas. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.