

# **Boletim Científico**

**Escola Superior do Ministério Público da União**

# A DEFESA DO CONTRIBUINTE COMO FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

*João Batista de Almeida\**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 As funções institucionais do Ministério Público. 3 A defesa coletiva do contribuinte. 3.1 A legislação aplicável. 3.2 A posição da doutrina. 3.3 A posição do STF. 4 A proibição do uso da ação civil pública para a defesa coletiva do contribuinte. 4.1 Inconstitucionalidade formal. 4.2 Inconstitucionalidade material. 5 Conclusões.

## 1 Introdução

A tutela coletiva no Brasil tem experimentado grandes avanços. Não prevista no Código de Processo Civil de 1973, este direcionado unicamente para a defesa dos interesses individuais, começou ela a se consolidar no campo doutrinário no final dos anos 70, sob o comando da professora Ada Pellegrini Grinover, que, inspirada em Mauro Cappelletti, introduziu entre nós os conceitos de interesses coletivos e difusos e alertou para a situação de desproteção que tais interesses enfrentavam, por absoluta insuficiência dos esquemas tradicionais.

O marco inicial da tutela coletiva no Brasil é o ano de 1985, com a edição da Lei n. 7.347, que instituiu a ação civil pública para a responsabilização por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio cultural e a outros interesses difusos e coletivos.

Essa lei previu os legitimados concorrentes (art. 5º) e ampliou os efeitos da coisa julgada de *inter partes* para *erga omnes* (art. 16), com isso adequando a legislação ao rito da tutela coletiva.

A seu turno, a Constituição Federal de 1988 constitucionalizou a ação civil pública ao figurá-la como função institucional do Ministério Público. Com efeito, o art. 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.

Já o Código de Defesa do Consumidor, vigente a partir de 11 de março de 1991 (Lei n. 8.078), alterou vários artigos da Lei n. 7.347, bem como trouxe vários outros dispositivos aplicáveis subsidiariamente à ação civil pública<sup>1</sup>, além de criar a ação civil coletiva e estabelecer a total integração dos dois diplomas legais em matéria processual<sup>2</sup>.

---

\* João Batista de Almeida é Subprocurador-Geral da República com atuação perante o STF e assento na 2ª Turma. Mestre em Direito Público pela Universidade de Brasília. Foi Presidente do Brasilcon (2000-2002).

<sup>1</sup> Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11.9.90, arts. 81 a 104).

<sup>2</sup> CDC, art. 90.

Completam o sistema processual da tutela coletiva a Lei Orgânica do Ministério Público da União (LOMPU), Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP), Lei n. 8.625/93, que regulamentaram as funções institucionais e os instrumentos de atuação do *Parquet*.

Após esse período de construção dos fundamentos da tutela coletiva, teve início período de desconstrução, a partir de 1997, quando o Poder Executivo, casuisticamente, baixou inúmeras medidas provisórias com o claro intuito de reduzir o campo da tutela coletiva<sup>3</sup>, de restringir legitimação outorgada<sup>4</sup> e até de proibir o uso de via processual coletiva para a defesa do contribuinte<sup>5</sup>, temas que se pretende abordar e discutir neste trabalho.

## 2 As funções institucionais do Ministério Público

A Constituição Federal de 1988 conceituou o Ministério Público como instituição permanente, a quem cabe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127). Ou seja, incumbe-lhe a defesa do interesse público, sendo-lhe, em contraposição, vedada a defesa de interesses meramente privados.

Mas, além de assegurar autonomia funcional e administrativa, estabelecer os princípios institucionais e as garantias e vedações, a CF/88 enumerou, no art. 129, as funções institucionais do Ministério Público.

Tais funções guardam estrita correlação com as finalidades da Instituição – a defesa do interesse público – e estão divididas na CF/88 em dois blocos:

- a) do inciso I ao V – a promoção de medidas judiciais, entre elas a ação penal pública, a ação civil pública, a ação direta de inconstitucionalidade e as ações necessárias à garantia dos direitos constitucionalmente assegurados e à defesa das populações indígenas;
- b) do inciso VI ao IX – a outorga de mecanismos inerentes ao amplo poder de investigação do Ministério Público, permitindo-lhe expedir notificações, requisitar informações e documentos, bem como diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, além do exercício de outras funções compatíveis com sua finalidade.

De ver-se que o segundo grupo não engloba, em verdade, funções institucionais, mas meros instrumentos de atuação. Daí ser procedente a observação de Hugo Mazzilli de que a Lei Orgânica do MPU tratou do tema com maior precisão técnica<sup>6</sup>.

Efetivamente, a LOMPU (LC n. 75/93) cuidou das funções institucionais no art. 5º, enumerando-as em seis incisos, reservando os arts. 6º, 7º e 8º para regulamentar os instrumentos de atuação.

<sup>3</sup> Art. 16 da LACP, com a redação que lhe deu a Lei n. 9.494/97.

<sup>4</sup> Medida Provisória n. 2.102-26, de 27.12.00, que deu nova redação à Lei n. 9.494/97.

<sup>5</sup> Parágrafo único acrescido ao art. 1º da LACP pela MP n. 2.102-26/00.

<sup>6</sup> MAZZILLI, Hugo. *O inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 49.

### 3 A defesa coletiva do contribuinte

#### 3.1 A legislação

Dentre tais funções está elencada a de “zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos ao sistema tributário, às limitações do poder de tributos, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e aos *direitos do contribuinte*” (art. 5º, II, *a*).

Como se vê, além de já conceber genericamente a defesa dos direitos ou interesses difusos e coletivos, o ordenamento jurídico passou a prever especificamente a defesa do contribuinte como função institucional do Ministério Público, assim legitimando-o a tal mister.

É certo que a defesa do contribuinte já estava contemplada no art. 129, inciso III, da CF/88, porém de forma mais genérica, na norma de encerramento “e outros interesses difusos ou coletivos”. Esse dispositivo, que constitucionalizou a ação civil pública, atribuiu legitimidade ao Ministério Público para a sua promoção, bem como declarou ser ela adequada para a tutela daqueles bens expressamente enumerados (patrimônio público e meio ambiente). Não há dúvida de que o consumidor, o patrimônio cultural e o contribuinte têm idêntica natureza, e podem ser defendidos coletivamente pelo Ministério Público. O pedido de suspensão de cobrança de tributo ilegal incidente sobre toda a população tem natureza difusa. De outra banda, o pedido de suspensão de cobrança de tributo indevidamente instituído sobre determinado grupo, categoria ou classe, terá natureza coletiva. Em ambas as situações ensejando a atuação do Ministério Público.

Também o inciso IX do art. 129 do texto constitucional torna possível a atuação ministerial, ao permitir que o Ministério Público exerça outras funções previstas em lei, desde que compatíveis com a finalidade da instituição (a defesa do interesse público).

A pergunta que se faz nesse passo é a seguinte: existe lei atribuindo ao MP a função de defender os contribuintes? Sim. A Lei Complementar n. 75/93 (LOMPU), no seu art. 5º, inc. II, *a*. Referido dispositivo, além de ser posterior à Carta Magna, mantém total compatibilidade com o que consta dos arts. 127 e 129 da CF/88.

#### 3.2 A posição da doutrina

Os doutrinadores, em sua maioria, sempre sustentaram 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.

Verificou-se até recentemente uma quase-unanimidade da doutrina em relação ao tema, sustentando a viabilidade quanto aos aspectos adequação e legitimidade, consoante se lê dos seguintes autores: Rosa e Nelson Nery Júnior (*CPC comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 1129, nota 23), Antonio de Souza Prudente (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), Kazuo Watanabe (*CDC comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro/São

Paulo: Forense, 2000. p. 725), Rodolfo de Camargo Mancuso (*Ação civil pública*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 37), Hugo Nigro Mazzilli (*O inquérito civil*, cit., p. 123-124), Washington Araújo Carigé (IPTU – Cobrança indevida de tributos – A legitimidade do Ministério Público e a ação civil pública. *RDC*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 9, p. 111-115, jan./mar. 1994), Paulo Valério Dal Pai Moraes (O Ministério Público e a legitimidade para a defesa dos interesses coletivos decorrentes de questões tributárias de massa. *Revista de Estudos Tributários*, ano 2, n. 11, p. 132-157, jan./fev. 2000) e João Batista de Almeida (Ação civil pública em matéria tributária – Reflexões sobre a posição do STF e a Medida Provisória n. 1984. *RDC*, n. 40, p. 107).

No entanto, a partir de 1998, quando o STF iniciou o julgamento do RE n. 195.056-1 – Paraná, relativo à cobrança do IPTU do Município de Umuarama, surgiram pronunciamentos discordantes, sustentando a falta de legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública em matéria tributária e a inadequação da aludida via processual para a finalidade proposta.

Manifestaram essa posição os seguintes doutrinadores: Osmar Tognolo (Ação civil pública em matéria tributária. *Correio Braziliense*, DF, 16 ago. 1999. Suplemento Direito e Justiça, p. 1; e *Revista de Estudos Tributários*, ano 2, n. 10, p. 155-157, nov./dez. 1999) e Hugo de Brito Machado (ACP e tributo inconstitucional. *Correio Braziliense*, DF, 17 ago. 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; e Ministério Público e tributação. *Boletim de Direito Municipal*, Ed. NDJ, ano 16, v. 4, p. 2278, abr. 2000).

### 3.3 A posição do STF

Apenas em 1999 o STF julgou o *leading case*, e o fez para não reconhecer a ilegitimação 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, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei n. 8.078, de 1990 (Código do Consumidor); Lei n. 8.625, de 1993, art. 25. CF, 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, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei n. 8.078/90 (Cód. do Consumidor); Lei n. 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 à defesa desses direitos, legitimado o Ministério Público para a causa. CF, art. 127, *caput*, e art. 129, III. III – O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto – no caso o IPTU – pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo (Lei 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; CF, 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”<sup>7</sup>.

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.

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 difusa ou 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”<sup>8</sup>, 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

<sup>7</sup> STF, RE n. 195.056-1/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 9 de dezembro de 1999, v.m., decisão publicada no *DJ*, 17 dez. 1999. No mesmo sentido, em caso envolvendo taxa de iluminação pública, RE n. 213.631/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 9 de dezembro de 1999, v. m., publicado no *DJ*, 7 abr. 2000.

<sup>8</sup> WATANABE, Kazuo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 2000. p. 728.

‘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”<sup>9</sup>.

O mesmo autor, com precisão científica, 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 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”<sup>10</sup>.

Tal entendimento do STF 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 pela característica do dano, visto 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 § 1º do art. 82 do CDC c/c o art. 5º, inciso II, alínea *a*, da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993 (LOMPU). Aliás, essa lei permite expressamente a defesa dos contribuintes pelo Ministério Público.

Aguarda-se que a Suprema Corte, em julgamentos futuros, venha a reconsiderar essa decisão do *leading case*, que representa verdadeira restrição à tutela coletiva.

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

---

<sup>9</sup> Idem, *ibidem*, p. 729.

<sup>10</sup> Idem, *ibidem*, p. 730.

#### **4 A proibição do uso da ação civil pública para a defesa coletiva do contribuinte**

Pela Medida Provisória n. 1.984-19, do ano de 2000, convalidada pela de n. 2.180-35, de 2001, foi alterada a Lei n. 7.347/85 (LACP), com a inserção do parágrafo único ao art. 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 falta de correção das tabelas do Imposto de Renda, a cobrança da CPMF e outros tributos e exações.

O casuísmo fica mais evidente quando se sabe que àquela época existiam inúmeras ações civis públicas contra a União, relativas a essas matérias.

Ocorre que tal dispositivo inserido incorre em flagrante inconstitucionalidade, como se verá.

##### ***4.1 Inconstitucionalidade formal***

Como visto, a LOMPU assegura ao Ministério Público, como função institucional, a defesa do contribuinte (art. 5º, inc. II, *a*), o que será feito, em geral, por meio da ação civil pública, que é o principal instrumento da tutela coletiva.

A Medida Provisória n. 2.180-35/2001, ao dizer que “não será cabível a ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos...”, na verdade está dizendo “é proibido o uso da ação civil pública...”.

A proibição está colocada de forma tão ampla que alcança todos os legitimados concorrentes, inclusive o Ministério Público.

Ora, se a Lei Complementar atribui ao Ministério Público legitimidade para a defesa do contribuinte, não poderia uma lei ordinária contrariá-la e dispor exatamente o contrário.

Assim dizendo, a Medida Provisória em referência viola frontalmente o princípio da hierarquia das leis, uma vez que legislação ordinária de tal porte não pode contrariar o que dispõe uma lei complementar à Constituição, retirando-lhe atribuição e legitimação legalmente estabelecidas em textos de hierarquia superior.

##### ***4.2 Inconstitucionalidade material***

Além disso, a proibição contida na Medida Provisória contém várias inconstitucionalidades de natureza material por ofensa a diversos dispositivos da CF/88:

- 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 art. 129, inc. III, da CF/88, passou a ser função institucional do MP, ficando constitucionalizados tanto os aspectos da legitimação como o da adequação da via processual. Assim, 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, do mesmo modo que não poderia retirar ao *Parquet* a legitimidade que lhe foi outorgada;
- b) o dispositivo questionado da MP n. 1.984-19, repetido nas reedições posteriores, também ofende o *caput* do art. 127 da CF/88, 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 art. 127, § 2º, pois a vontade do chefe do Poder Executivo está a anular referida autonomia. Quem diz se uma ação é cabível, ou não, é o Poder Judiciário;
- d) por fim, tal parágrafo acrescido ofende o inciso IX do art. 129 da CF/88, 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 de maio de 1993, 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”<sup>11</sup>. Assim, ocorre inconstitucionalidade material, por restringir o alcance do inciso IX do art. 129, proibindo aquilo que o Texto Constitucional não proíbe, ou seja, a atribuição, por lei, de novas funções ao Ministério Público, desde que compatíveis.

Mostra-se, inócua, portanto, a tentativa de restringir o alcance da ação civil pública por meio de medida provisória, com ofensa à CF/88.

## 5 Conclusões

- a) A Constituição Federal de 1988 (art. 129) e a Lei Orgânica do Ministério Público da União (art. 5º) elencaram as funções institucionais do MP.
- b) Entre tais funções está a de defesa do contribuinte (LC n. 75/93, art. 5º, inc. II, *a*).
- c) A melhor doutrina assevera a adequação da via processual e a legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública na defesa dos contribuintes, veiculando pretensão de natureza tributária.

---

<sup>11</sup> Art. 5º, inc. II, alínea *a*, aplicado subsidiariamente à Lei n. 8.625/93 (LONMP).

- 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. Todavia, não examinou a questão sob o enfoque da LC n. 75/93 e da MP n. 2.180-35/2001.
- e) A Medida Provisória n. 1.984-19, reeditada seguidamente, tendo hoje o n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, incorre em inconstitucionalidade formal e material na parte em que insere parágrafo único no art. 1º da Lei n. 7.347/85 (LACP), proibindo o uso da ação civil pública nas hipóteses indicadas, por ofensa aos dispositivos constitucionais e legais citados. Torna-se necessária e urgente a revogação do dispositivo questionado pelos Poderes Executivo e Legislativo.
- f) 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 CF/88 (arts. 127, *caput* e § 2º, 129, incisos III e IX) e da LC n. 75/93, art. 5º, inc. II, alínea *a*, aplicado subsidiariamente à LONMP (Lei n. 8.625/93). O STF poderá reconsiderar, em julgamentos futuros, sua posição restritiva.