

A EXPANSÃO DAS AÇÕES COLETIVAS COMO FONTE DE RACIONALIZAÇÃO (E EFICÁCIA) DA ATIVIDADE JUDICIÁRIA*

Paulo Calmon Nogueira da Gama

Procurador de Justiça/MG

1. INTRODUÇÃO

É voz corrente que o Poder Judiciário brasileiro encontra-se em linha de colapso, assoberbado com a magnitude do número sempre crescente de causas e recursos em tramitação em todos os foros e tribunais do país.

Se a efetividade do acesso à Justiça obteve um avanço inequívoco a partir da instituição e instalação dos juizados especiais constitucionais – em que se deu vazão à parte da demanda dita *reprimida* – o efeito de “desafogo” à jurisdição convencional logo se esvaiu em face do aumento crescente da necessidade de intermediação judicial nas relações jurídicas travadas em nossa tumultuada nação, reconhecida por seus contrastes sociais, desemprego, violência urbana e agrária, além de sua permanente instabilidade econômica.

Não por acaso, ao ensejo da Reforma do Judiciário, muitas fichas foram jogadas na aprovação da polêmica *súmula vinculante*, uma tábua de salvação destinada a aliviar o peso de outras tantas, essas, tábuas reais, que dão corpo às prateleiras onde se amontoam em pencas os autos processuais.

Também não por acaso, volta e meia nos deparamos com comoventes desabafos dos órgãos da judicatura, como aquele proferido pelo relator Marco Aurélio nos autos do AI n. 491478 (agravante o MPE/MG), onde esse eminente ministro do STF, após apontar que o apelo extraordinário supostamente se apoiaria em normas infraconstitucionais, conheceu do recurso, mas negou-lhe provimento, fazendo questão de registrar na ocasião que “este agravo somente serve à sobrecarga da máquina judiciária, ocupando espaço que deveria estar sendo utilizado no exame de processo da competência da Corte”.

Mas será que o próprio Poder Judiciário não vem contribuindo para o seu martírio, agindo com timidez em relação aos verdadeiros, legítimos, modernos e eficazes instrumentos de racionalização já existentes no ordenamento?

* Tese aprovada por unanimidade.

2. AÇÕES COLETIVAS, RACIONALIZAÇÃO E EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO

Atento à tendência mundial, sensível aos problemas decorrentes da massificação das relações jurídicas, e, também, à necessidade da proteção do patrimônio comum da sociedade, há mais de duas décadas nosso ordenamento jurídico absorveu, de modo amplo e sistematizado, as ações civis coletivas – em voga no Direito do mundo moderno – como sendo o instrumento hábil a compor, através da mediação judicial, as lides de interesse coletivizado.

Contudo, uma significativa parcela dos integrantes do Poder Judiciário nacional, enclausurada na escola clássica do Direito (centrada na noção de direitos absolutos do indivíduo), resiste em dar efetividade ao intento de nossa mais moderna legislação, terminando por receber refratariamente – quase que com má vontade – as ações civis públicas manejadas pelos entes legalmente legitimados.

Atira-se no próprio pé, olvidando-se, ainda, do escopo central da jurisdição. Qual seja, a pacificação das relações jurídicas instáveis.

Abrindo um parêntese, é proposto a seguir um exercício de imaginação.

Suponha-se a existência de dois magistrados dotados da mesma capacidade de trabalho, que acabam de assumir, em comarcas vizinhas, varas cíveis de idênticas proporções e características. Ambos se sabem bem atarefados, pois cada qual terá cerca de mil processos das mais variadas espécies sob sua presidência.

O primeiro juiz, muito ansioso, fica satisfeito ao encontrar linhas jurisprudenciais que lhe dão embasamento para extinguir, antecipadamente e sem julgamento de mérito, uma centena de ações civis públicas propostas pelas atuantes entidades não-governamentais da localidade e pelo também operoso promotor de Justiça em exercício nas curadorias da comarca.

O segundo, mais sábio, “perde” mais tempo estudando a fundo a legislação vigente, a jurisprudência mais moderna, o direito comparado (e mais tempo ainda instruindo as ações coletivas que, ao final, merecem seu julgamento de mérito).

Depois de uma semana, possivelmente o primeiro juiz tenha menos de mil feitos sob sua jurisdição; ao passo que o segundo, uns mil e poucos.

Decorrido um ano certamente o quadro se inverterá drasticamente. O primeiro se verá a instruir milhares de ações individuais, numa comarca conflituosa, com uma horda de jurisdicionados sem acesso efetivo ao Judiciário (existência de significativa *demanda reprimida*); enquanto o segundo, a tocar os seus mil processos (ou menos) se verá labutando em comarca “juridicamente pacificada”, onde os jurisdicionados (supostamente) lesados e ameaçados de lesão tiveram (e continuam tendo) acesso judicial, por si ou por seus substitutos processuais, retratando uma sociedade em que se desfrutam plenamente os atributos e direitos inerentes à cidadania.

Para rematar, o primeiro juiz certamente solicitará junto à administração de seu tribunal o auxílio de cooperadores, não lhe sendo difícil comprovar a quantidade sobre-humana de serviços sob seu ofício.

Noutro giro, observe-se que uma prática abusiva perpetrada por uma concessionária de serviço público, por exemplo, pode atingir alguns *milhões* de usuários. A “opção” pelo reconhecimento de óbices à invocação de tutela jurisdicional coletiva, certamente implicaria na propositura de vários milhares de ações individuais, sem contar a enorme demanda que permaneceria reprimida, a revelar a inacessibilidade prática à Justiça e uma alta carga de litigiosidade não mediada.

A partir dessas figuras de ilustração, pretende-se dizer que o estímulo às ações civis públicas propostas pelo Ministério Público e demais co-legitimados é o instrumento juridicamente mais puro e honesto para impedir a pulverização de ações individuais repetitivas que, aos borbotões, assoberbam nossos fóruns e tribunais. Caminhássemos para efetiva coletivização de demandas atomizadas, tal como *já permite* nosso atual ordenamento jurídico, mesmo em áreas como a tributária e previdenciária, gerando a produção de julgados dotados de efeitos *erga omnes*, talvez os resultados, em termos de racionalização quantitativa de feitos e recursos, viessem a ser muito maiores até mesmo do que aqueles derivados da implantação de súmulas restritivas ou vinculantes (cujo fundamento, ao contrário da coletivização de demandas, é preponderantemente de ordem prática e não jurídica).

3. UM EXEMPLO CONCRETO: A TUTELA COLETIVA DO CONTRIBUINTE

Em todas as discussões havidas ao longo da tramitação da Emenda Constitucional n. 45 (a chamada *Reforma do Judiciário*), sempre foi identificado o poder público como sendo o grande “culpado” pela incrível quantidade de demandas existente nos tribunais (especialmente nas cortes superiores).

Com efeito, muitas vezes foi dita, ouvida e repetida a seguinte frase: “o Estado é o maior demandista do país”.

Exemplos como os expurgos no FGTS, na Poupança e a revisão de benefícios previdenciários eram apontados como a fonte de um sem-número de ações judiciais que percorriam todas as nossas instâncias judiciais.

Cada uma dessas questões, em tese, poderia ser resolvida por uma só ação coletiva. Depois de decidida em última instância, a coisa julgada formada seria dotada de um vigoroso alcance, com efeito e eficácia diretos e imediatos, muito superiores àqueles eventualmente oriundos das fontes sumulares.

Também é igualmente estratosférica a quantidade de ações judiciais idênticas movidas individualmente pelos contribuintes tributários. Sabemos que a situação se encontra maximizada nos dias atuais pelo insaciável furor de arrecadação do poder público.

Mesmo assim, lamentavelmente, ainda há os que defendam que a ação civil pública não pode ser manejada para a defesa dos direitos de uma determinada categoria de pessoas (contribuintes), lesadas com cobranças indevidas de tributo.

Ora, é fácil constatar que os direitos dos contribuintes, quando violados, revelam prejuízos ou ameaças a toda uma coletividade dotada de um traço comum, eis que os mesmos fazem parte de uma categoria de pessoas ligadas à fazenda pública por uma relação-base.

É evidente que os contribuintes, embora não inseridos no conceito de consumidor a que se dirige a tutela da Lei n. 8.078/90 (CDC), também merecem proteção através da ação civil pública, sendo certo que a Constituição Federal (art. 129, III) e a Lei n. 7.347/85 (art. 1º, IV) incumbiram o especialmente Ministério Público, de modo amplo e explícito, de defender qualquer interesse difuso e coletivo.

Membro das comissões de elaboração do projeto de Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, o professor Kazuo Watanabe, desembargador aposentado do TJSP, ao situar os interesses ou direitos coletivos anota que

“os interesses ou direitos dos contribuintes, por exemplo, do imposto de renda constituem um bom exemplo. Entre o fisco e os contribuintes já existe uma relação jurídica base, de modo que, a adoção de alguma medida ilegal ou abusiva, será perfeitamente factível a determinação das pessoas atingidas pela medida.”¹

Na mesma linha, Milton Flaks diz que a ação civil pública transformou-se “em instrumento hábil para a defesa do interesse difuso da sociedade civil na preservação do patrimônio público e da moralidade administrativa, bem como dos interesses coletivos de aposentados e contribuintes, entre outros”.²

O Superior Tribunal de Justiça, mesmo ainda ziguezagueando sobre o tema, produziu recentemente um alvissareiro julgado, relator o Ministro Luiz Fux, ementado nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. DIREITOS DE CONTRIBUINTES. 1. Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público anteriormente à MP 2.180-35 de 24.08.2001. Legitimatio ativa ad causam. A legitimidade, como uma das condições da ação, rege-se pela Lei vigente à data da propositura da ação. À época da propositura vigorava no E. STJ e no E. STF o entendimento acerca da legitimação do Ministério Público, por força do art. 129, III, da CF/88, para promover qualquer espécie de ação na defesa de direitos transindividuais, nestes incluídos os direitos dos contribuintes de Taxa de Iluminação Pública, ainda que por Ação Civil Pública, cuja eficácia da decisão acerca do objeto mediato é erga omnes ou ultra partes. A soma dos interesses múltiplos dos contribuintes constitui o interesse transindividual, que possui dimensão coletiva, tornando-se público e indisponível, apto a legitimar o Parquet a velá-lo em juízo. 2. Deveras, a arguição, in casu, é incidental de inconstitucionalidade de norma tributária em sede de Ação Civil Pública, porquanto nesses casos a questão

1 *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 743.

2 *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 21, p. 239/259.

da ofensa à Carta Federal tem natureza de “prejudicial”, sobre a qual não repousa o manto da coisa julgada. Precedente do E. STF. 3. Recurso Especial provido (RESP 574410/MG; recurso especial 2003/0145318-0; Relator Ministro Luiz Fux, 1ª T., DJ05.08.2004, p. 192).

Ali se espancou, com acerto, a recorrente arguição sobre suposta impossibilidade de o *Parquet*, por meio da ação civil pública, substituir os efeitos da declaração direta inconstitucionalidade de lei. É que o controle de constitucionalidade, *in casu*, ocorre de modo difuso, como em qualquer ação, sendo que os efeitos – muito embora a tutela tenha alcance *erga omnes* – são distintos da ADin, já que adstritos à concretude determinada no pedido e na causa de pedir apresentados.

Observe-se, outrossim, que é absolutamente aberrante, à luz do ambiente constitucional vigente, pretender-se através da edição de medidas provisórias ou regras casuísticas conter ou inviabilizar o manejo de ações coletivas.

Há ainda outra questão. Quando se invoca a tutela coletiva de interesses de contribuintes, é comum ouvir daqueles que pretendem negar a legitimidade autoral, que os contribuintes, via de regra, posicionam-se como titulares de *interesses individuais homogêneos*, modalidade essa que, supostamente, apenas seria tutelável de forma coletiva no âmbito do Código de Defesa do Consumidor.

Trata-se de equívoco palmar.

Primeiro, porque se ignora a reconhecida e expressa relação simbiótica existente – tanto preceitual como conceitualmente – entre a LACP (Lei n. 7.347/85) e o CDC (Lei n. 8.078/90).³ Não bastasse isso, *todas* as legislações orgânicas ministeriais são claras em cometer ao órgão de execução do *Parquet* o mister de defender quaisquer direitos e interesses individuais homogêneos (Lei n. 8.625/93, art. 25, IV, “a”; Lei Complementar 75/93, art. 6º, VII, “d”).

Segundo, porque as ações que visam coibir a tributação indevida, além de zelar por *interesses individuais homogêneos* (eventuais ressarcimentos a contribuintes atuais), têm também, regra geral, índole *coletiva em sentido estrito* (fazendo cessar a fonte danosa que atinge a coletividade) e até mesmo *difusa*, se levado em conta o alcance temporal da tutela judicial pretendida, apta a beneficiar todo aquele que, no futuro, implementado o fato gerador respectivo, em tese vier a se colocar na posição de agente passivo tributário.

É dizer que tem natureza difusa a tutela judicial que declara a invalidade de determinada causa geratriz de dano, pois, protraindo-se no tempo, impede que novas pessoas sofram lesões ou ameaças de lesões nas mesmas circunstâncias.

3 Art. 21 da LACP: Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III [da defesa do consumidor em juízo] da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. (Redação dada pela Lei n. 8.078, de 11.9.1990); art. 90 do CDC: Aplicam-se às ações previstas neste título [da defesa do consumidor em juízo] as normas do Código de Processo Civil e da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

Assim, a legitimação autoral para causa de tal jaez apresenta-se, à luz do pedido que se deduz na petição inicial, materialmente óbvia como sendo de *relevância social*, eis que sempre evidenciada a tutela a interesses coletivos em sentido amplo (individuais homogêneos, coletivos em sentido estrito e difusos). Alguns rótulos conceituais oferecidos pela doutrina têm se prestado a equívocas limitações por parte de determinados intérpretes.

Em suma, a interpretação do alcance dos textos constitucionais e infraconstitucionais sobre a tutela coletiva a ser exercida pelo Ministério Público e demais co-legitimados não se prende a carimbos doutrinários restritivos; muito ao contrário, no caso específico do *Parquet*, harmoniza-se com a noção de interesses e direitos coletivos em sentido lato, na toada dos interesses socialmente relevantes buscados no art. 127 da Carta da República.

Ou, conforme a sábia conclusão exposta pelo percuciente desembargador federal Antônio de Souza Prudente,

em matéria tributária, os interesses individuais homogêneos, legalmente definidos, como aqueles decorrentes de origem comum, uma vez agredidos, coletivamente, em seu núcleo originário (hipótese de incidência tributária e conseqüente fato gerador, de natureza homogênea, a gerar obrigações tributárias e resultantes interesses individuais também homogêneos), sofrem, por força do impacto agressor, o fenômeno da atomização processual, em defesa de interesse coletivo e social, relevantes a legitimar a pronta atuação do Ministério Público, na linha de determinação institucional dos arts. 127, *caput* e 129, III, da Constituição da República, traduzidos nas disposições dos arts. 5º, II, a e 6º, incs. VII, a e d e XII, da Lei Complementar n. 75/93, mediante as garantias instrumentais da ação civil pública, evitando, assim, a pulverização dos litígios, com o conseqüente acúmulo de feitos judiciais nos tribunais do País, nessa seara histórica de abusos tributários, onde o contribuinte, individualmente considerado, sem recursos e órfão da assistência judiciária do Estado, queda-se inerte e vitimado, sem qualquer defesa, ante a brutal arrogância do Fisco. Com o devido respeito às opiniões contrárias, entendo que a única interpretação válida, nesse contexto, é aquela que brota do tecido constitucional e se mantém fiel e conforme a Constituição, no corpo da normativa legal, a ponto de não frustrar a vocação institucional do Ministério Público, essencial à função jurisdicional do Estado, feito guardião da ordem jurídica, do regime democrático, do sistema tributário nacional e dos interesses individuais homogêneos, coletivos e sociais, no espaço tributário. A hermenêutica gestada nas entranhas da legislação ordinária, sem força bastante para alcançar os comandos constitucionais em referência, afigura-se insuficiente à garantia plena dos direitos do contribuinte e da Justiça tributária, no Estado democrático de Direito.⁴

4 Legitimação constitucional do Ministério Público para ação civil pública em matéria tributária na defesa dos direitos individuais homogêneos. *Revista do Conselho da Justiça Federal*, n. 9.

4. PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA LOMP

O fundamental nesse singelo estudo é apontar que o atual ordenamento jurídico *já permite* (e o assoberbamento de causas no Judiciário há muito *exige*) que se reconheça, sem parcimônia, a legitimidade ministerial (e das entidades civis apontadas nas legislações especiais em vigor) para a propositura de uma significativa gama de *class actions*, inclusive para a defesa dos contribuintes.

Contudo, como forma de se estimular o avanço do esforço interpretativo de nossos pretórios, parece conveniente se levar expressamente a redação do art. 5º da Lei Complementar 75 para o âmbito da Legislação Orgânica dos Ministérios Públicos estaduais (embora o art. 80 da Lei n. 8.625 já aponte a subsidiariedade da referida Lei Complementar).

Dir-se-ia, então, especificamente, que entre os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos tuteláveis pelo *Parquet* estadual encontram-se aqueles titularizados pelos contribuintes tributários.

5. RECONSIDERAÇÕES À INTRODUÇÃO

Em face do que foi acima expendido, parece oportuno que retornemos ao “desabafo” (apresentado no início deste texto) feito por um eminente ministro da Suprema Corte.

Antes de tudo, cabe registrar que, provavelmente obnubilado pelo excesso de serviço e deixando de lado momentaneamente o guia da humildade, desconsiderou o nobre ministro a conhecida máxima de Carnelutti: *o Ministério Público, como o juiz, não tem no processo um direito a exercer, mas um dever a cumprir*.⁵

Mas será mesmo que aquele recurso – que, como tantos outros, buscava o reconhecimento da legitimidade ministerial negada nas instâncias inferiores para uma determinada ação coletiva em favor de uma categoria de lesados – somente serviria para abarrotar ainda mais nossa corte constitucional?

Ao que já foi visto, sugere-se que não.

O que realmente assoberba nossos tribunais é precisamente o avesso: a existência de decisões restritivas ao tramitar dos pleitos coletivos e que propiciam, num momento seguinte, um espocar de ações individuais pulverizadas, uma boa parte das quais, possivelmente, terminando por bater às portas do próprio STF.

Certamente teria sido melhor para a eficiência do Judiciário se o ministro-relator, naquela ocasião, expressasse algo mais ou menos assim: *interpretação restritiva à legitimidade para ações coletivas somente serve à sobrecarga da máquina judiciária, gerando novos e repetitivos processos individuais para exame desta e de outras cortes*.

5 *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Pádua: Cedam, 1936, v. I, p. 387.

6. CONCLUSÕES

Em vista do exposto, pode-se concluir que:

1. Estão divorciadas do ordenamento constitucional vigente as interpretações restritivas à legitimação ativa do Ministério Público e de entidades civis para invocação de tutelas jurisdicionais coletivas.
2. As interpretações restritivas à legitimação ativa do Ministério Público e de entidades civis para as ações coletivas resultam em assoberbamento desnecessário da máquina judiciária, dificultam o efetivo acesso à Justiça, geram a repressão de demandas e enfraquecem a paz jurídica.
3. O Ministério Público é legitimado a promover, inclusive judicialmente, a tutela coletiva dos contribuintes.
4. Tem natureza difusa o comando judicial que declara a invalidade de determinada causa geratriz de dano e que seja apto a protrair-se no tempo de modo a impedir que novos sujeitos da relação jurídica em foco sofram lesões ou ameaças de lesões nas mesmas circunstâncias.