

2. ENTREVISTA

MPMG Jurídico: Qual a opinião do senhor a respeito da codificação ou não do processo coletivo no Brasil?

Professor Nelson Nery Junior: Hoje, no Brasil, o processo coletivo está regulado de forma esparsa pela Lei da Ação Civil Pública, pelo Código de Defesa do Consumidor, por outras leis mais específicas ou por meio de dispositivos na Constituição Federal que tratam do assunto.

A idéia de se codificar, de forma a deixar tudo junto numa legislação única, tem a vantagem de fazer com que essa temática do processo coletivo tenha a sua própria principiologia regulada de forma normativa. Entretanto, para essa nova empreitada há a necessidade de um grande esforço de toda a sociedade na construção do texto normativo que consagre a principiologia do processo coletivo, com especial atenção para diretrizes constitucionais.

MPMG Jurídico: Há um movimento muito grande pela codificação do processo coletivo no País. Já existem alguns anteprojetos na USP, na UERJ. Gostaríamos de saber quais os riscos do encaminhamento destes projetos ao Congresso Nacional sem o devido estudo e debate.

Professor Nelson Nery Junior: A Lei da Ação Civil Pública foi feita em 1985 e tem surtido efeito, tem mostrado que veio prestar um grande serviço à cidadania brasileira. Na verdade é um texto social em geral. Para se mudar isto e fazer um código coletivo, revogando a LACP, que tem prestado relevantes serviços à sociedade brasileira, seria necessário que houvesse um amplo e geral debate com a sociedade sobre essa nova codificação.

É temerário que se faça um projeto de forma burocrática nessa universidade ou naquele instituto e que se envie ao Congresso e se faça *lobby* dentro dele para o texto ser aprovado, como tem sido feito, por exemplo, com o Código de Processo Civil nas suas pequenas reformas.

Não pode ser feita apenas com experiência empírica. É necessário que se faça uma codificação ou a modificação de um código de acordo com experiência dogmática e científica, além dos aspectos político-ideológicos que têm que ser discutidos com toda a sociedade.

Vejo com muita apreensão as pequenas reformas do CPC, que têm sido encaminhadas com muita boa vontade por membros do Poder Judiciário, membros de Tribunais Superiores, por exemplo, mas que têm sido pouco debatidas previamente com a sociedade brasileira e com a comunidade científica.

Mudar códigos não pode ser pela mera experiência

empírica ou com base na casuística dos tribunais. Mudança de código tem que ser feita por quem entende de sistema, e nem sempre aquele que está à frente, julgando, conhece o sistema. Por isso, não é por acaso que as comissões que elaboram os

códigos têm sido entregues a juristas. Isso acontece no mundo inteiro. Tivemos, recentemente, o Código Civil, com o Professor Miguel Reale encabeçando a comissão de Juristas. Criar ou alterar códigos é mudar o próprio sistema jurídico.

Não basta o conhecimento prático do Magistrado. É preciso que a experiência da ciência seja trazida a lume para se discutir um código. É assim que vejo em relação à elaboração de um Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo.

Não é porque está sendo feito no âmbito de uma universidade ou de um instituto, mesmo numa comissão de Magistrados, por exemplo, que será bem feito. Seria necessário o seu debate real e efetivo com toda a comunidade nacional, com a comunidade acadêmica e com o Ministério Público, que é um dos interessados maiores nessa codificação coletiva, por ser titular diferenciado da ação civil pública e das outras ações coletivas em geral.

Como é que não se ouve o Ministério Público? Não tenho notícias de que esteja efetivamente sendo ouvido quanto à elaboração dos anteprojetos de Código Brasileiro de Processo Coletivo.

MPMG Jurídico: O Senhor é um dos autores do anteprojeto da lei da Ação Civil Pública. O que o Senhor acha da tese que tem sido levantada de se admitir o controle da representatividade adequada pelo Juiz no Brasil?

Professor Nelson Nery Junior: Quando nós elaboramos o anteprojeto que acabou se convertendo na LACP, em 1984, pensou-se que esse projeto fora inspirado, parcialmente, na regra 23 da *Federal Rules of Civil Procedures*, as regras federais de direito processual dos Estados Unidos. Essa regra 23 contém o regulamento das *Class Actions*, ações de classe, que é a ancestral da nossa ação civil pública.

Àquela altura, há 21 anos, nós da comissão discutimos muito a respeito desse assunto e verificamos que, na realidade norte-americana, o Juiz controla a legitimidade *ad causam* de uma associação civil pela sua representatividade adequada, verifica se a associação realmente representa aqueles interesses e se não é uma associação de ocasião dos integrantes. Lá, esse parâmetro e essa sistemática podem ter a sua validade, a sua eficácia, mas, no Brasil, nós entendemos, à época, que não seria correto, seria burocratizar demais a legitimidade para o exercício da ação civil pública, um instrumento tão importante socialmente.



O Professor Nelson Nery Junior (à esq.) e o Promotor de Justiça Gregório Assagra de Almeida

O Professor-Doutor Nelson Nery Junior é hoje um dos autores que mais influenciam a cultura jurídica de nosso País. Autor de diversas obras de leitura obrigatória, esse jurista também esteve presente nos momentos mais importantes para o nascimento e efetividade da tutela coletiva brasileira, seja como integrante de comissões de elaboração de anteprojetos de leis (Lei nº 7.347/85 LACP e Lei nº 8.078/90 CDC), seja como membro muito atuante do respeitado Ministério Público do Estado de São Paulo.

Em nome do MPMG Jurídico, no dia 14 de setembro de 2005, o Promotor de Justiça-Assessor Especial do Procurador Geral de Justiça, Gregório Assagra de Almeida, esteve com o Professor Doutor Nelson Nery Junior em Belo Horizonte. Na pauta, eles conversaram sobre ações coletivas e as perspectivas da codificação do processo coletivo no Brasil, suas razões e os pontos mais polêmicos em torno dos quais a doutrina especializada tem debatido. Ao final e antes de ministrar palestra sobre a "codificação ou não do processo coletivo brasileiro", o renomado jurista concedeu entrevista ao MPMG Jurídico, respondendo às questões que seguem.

Colocamos, então, uma representatividade *ex lege* e não *ope judicis*. A lei já determina no Artigo 5º da LACP, por exemplo, quem é a parte legítima para entrar com a ação e ali existem requisitos objetivos, associação de classe constituída há mais de um ano e que tenha nos seus objetivos associativos a defesa de um dos direitos tutelados pela LACP, como o direito ambiental, direito do consumidor, direito de proteção dos bens estéticos, históricos turísticos e paisagísticos do país e assim por diante. Entretanto, dizer que uma associação, ainda que com esses requisitos, teria ainda de ver avaliada a sua legitimidade por obra do Juiz, que seria o senhor da situação, para dizer quando é que uma associação tem legitimidade para estar em juízo ou não na defesa daqueles direitos tutelados pela demanda coletiva, seria uma situação não adequada à realidade nacional. É 'americanismo' o que esses projetos estão querendo introduzir no Brasil, capitaneados por colegas eminentes, não resta dúvida.

É uma tese com a qual não concordo, acho que ela é americana e não brasileira. Isso foi discutido em um congresso no México em 2002. Até escrevi um artigo, publicado em um desses Anais, em que se discutia o Código Modelo Ibero-América de Processos Coletivos com essa importação norte-americana. Tivemos um orientando que concluiu seu doutoramento pela PUC de São Paulo, com um trabalho belíssimo sobre a ação coletiva e hoje é professor da Universidade da Pensilvânia, o Antônio Gidi. Ele está muito imbuído dessa idéia e querendo influenciar o Direito brasileiro com esse americanismo da representatividade adequada. Apesar da boa vontade dele, acho que essa idéia não é adequada para o Direito brasileiro. Pode funcionar muito bem nos Estados Unidos. No Brasil, ela não vai funcionar. A nossa realidade é outra, os Juizes não podem ficar com a tarefa de fiscalizar a legitimidade das associações, isso tem que ser uma coisa que decorra da lei objetivamente.

MPMG Jurídico: Qual a sua opinião sobre a relevância social das ações coletivas?

Professor Nelson Nery Junior: O dia-a-dia do foro brasileiro já está demonstrando que o Brasil era um antes da LACP e é outro depois. Antes de 24 de julho de 1985, quando entrou em vigor a LACP, Lei 7.347/85, praticamente não havia tutela do meio ambiente, do consumidor. Depois de sua criação, deu-se um instrumental para a sociedade brasileira para que ela pudesse fazer valer os seus direitos metaindividuais nessas áreas, até então pouco exploradas e pouco defendidas no Brasil.

A relevância social é total. Tanto tem dado resultado e eficácia, que alguns de seus detratores, porque a eles não interessa que haja uma cidadania com efetividade, estão querendo amordaçar o Ministério Público, por exemplo, ao dizer que não cabe ação coletiva aqui e acolá. Estão sempre querendo modificar essa legislação, dizendo que não pode isso, não pode aquilo. Eles representam uma parcela do poder econômico, a quem não interessa a tutela da cidadania por meio de ação coletiva e também uma outra parcela do poder político, a quem também não interessa uma fiscalização, por exemplo, por meio da ação coletiva, da probidade administrativa e assim por diante. Então, as reações estão demonstrando que a ação tem surtido efeito. É um instrumento fantástico de cidadania que o Brasil conquistou em 1985 e constitui a inclusão, na legislação, de instrumentos que apequenem essa ação coletiva, como esse da representatividade adequada, de Juiz fiscalizar quando é que alguém pode ou não entrar com uma ação coletiva no Brasil.

MPMG Jurídico: O que o senhor pensa sobre a vedação legal da discussão sobre os tributos em ações coletivas?

Professor Nelson Nery Junior: Isso está sendo pouco

estudado no Brasil e a nossa jurisprudência, principalmente a dos Tribunais Superiores, não tem sido feliz, com todo o respeito que merecem aquelas Cortes de Brasília. Tem-se entendido, por exemplo, que direito tributário não é direito do consumidor. O problema é que há a Lei 7.347/85, cujo art. 21 diz que se aplica esse sistema da LACP a toda e qualquer ação que verse sobre direito difuso, coletivo ou individual. Temos um texto legal que determina a possibilidade de utilização dessa ação em qualquer demanda metaindividual. E se, por exemplo, tivermos uma ação coletiva, em que os contribuintes de determinado tributo estão com um problema X e se o Ministério Público identificar o problema, nada impede que ele venha a utilizar-se da ação civil pública ou de outra ação coletiva cabível para a defesa do contribuinte, coletivamente considerado, defesa essa que também é de interesse social.

A definição do que são direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos está no art. 81, parágrafo único, do Código do Consumidor. É perfeitamente adequado o enquadramento concreto de contribuintes de determinados tributos no contexto de um direito metaindividual difuso, coletivo ou até individual homogêneo. Identificado um direito como sendo difuso, coletivo ou mesmo como sendo direitos individuais homogêneos, a defesa dele em juízo pode ser feita por meio de ação coletiva, independente de a matéria ser tributária, comercial, civil ou administrativa.

É perfeitamente cabível ação civil pública para se discutirem questões tributárias. O que está ocorrendo é uma indevida proteção do Fisco por setores do Poder Judiciário, que não querem que haja uma concentração do problema tributário numa única ação com provimento potencializado, como no caso da ação civil pública. Quando o governo edita normas inconstitucionais, abusivas e ilegais, ele confia na inércia da população, aposta que apenas um, dois, três ou mil contribuintes reclamarão. Milhões de pessoas não viriam a juízo, porque não compensaria discutir individualmente R\$500,00 ou R\$1.000,00. Entretanto, se o Ministério Público move uma ação coletiva cuja coisa julgada tem validade *erga omnes*, beneficiando todos os contribuintes, isso pode ser preocupante para o governo, para o Fisco que está praticando atos ilegais e não quer que sejam controlados. Esse é um problema ideológico, filosófico e político importantíssimo.

A razão política parece ser o motivo pelo qual os Tribunais Superiores têm criado óbices ao exercício da ação civil pública para defesa de direitos tributários nela discutidos. Do ponto de vista legal, como eu disse, não há óbice nenhum para que se mova ação coletiva em matéria tributária. Tanto isso é verdade que o ex-Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, editou uma medida provisória para acrescentar um parágrafo no Art. 1º da LACP, dizendo que não é cabível a ação civil pública para a discussão de matéria previdenciária, tributária etc. Então, colocou-se um parágrafo na LACP, por meio de medida provisória, inconstitucional na forma e no fundo. Na forma, porque não havia razão para o Presidente da República editar uma medida provisória sem esperar o processo legislativo normal. Não havia urgência para isso, ainda mais para alterar uma lei que está em vigor no País há vinte anos. No fundo, porque ofende o Art. 5º, XXXV, da CF/88, cláusula pétrea, que é o artigo que prevê a inafastabilidade do controle jurisdicional e que garante o direito de ação.

A lei não pode excluir da apreciação judicial nenhuma ameaça ou lesão a direito. Seja ele individual ou metaindividual, não importa, pois a Constituição Federal não faz distinção. Como então poderia o parágrafo único da LACP, que foi incluído por força de medida provisória inconstitucional, estabelecer que fica excluída da apreciação judicial a ação civil pública quando ela versar sobre tributo?

Essa matéria fere também o art. 37, *caput*, da Constituição Federal, porque foi o Presidente da República que editou uma norma, impedindo que se ajuizasse ação contra ato dele e governo. A moralidade administrativa foi absolutamente ofendida com a edição dessa medida provisória. O Congresso até poderia fazer isso, mas o Presidente da República baixar uma norma com eficácia de lei, como a medida provisória, dizendo que não quer que os seus atos sejam controlados por meio de ação coletiva, é flagrantemente inconstitucional. Isso foi ao Supremo Tribunal Federal, que disse que não havia irregularidade na medida provisória. Com todo respeito que merecem os que pensam em contrário, não tem o menor cabimento dizer que é constitucional essa medida provisória que acrescentou esse parágrafo espúrio e inconstitucional na LACP.

Portanto, sobre essa questão de matéria tributária, o problema é político, não é jurídico. Juridicamente não há óbice algum. O problema é político. O Fisco, em todas as suas três formas, municipal, estadual e federal, não quer ser fiscalizado *erga omnes*, porque ele aposta na pulverização das questões tributárias. As reclamações serão poucas, individuais. Pela ação civil pública, a proteção será coletiva e poderá beneficiar todos, de forma a aniquilar um imposto inconstitucional. Isso não interessa ao Fisco,

que não quer cumprir o sistema legal brasileiro.

MPMG Jurídico: Qual mensagem o senhor deixa ao Ministério Público neste momento de crise política no País? Qual a importância do Ministério Público neste contexto?

Professor Nelson Nery Junior: O Ministério Público é uma Instituição que, a cada dia, vem se afirmando como uma grande defensora do interesse social. É uma Instituição que ganhou corpo mais visível e que ganhou uma visibilidade fantástica com a Constituição Federal de 1988. Vejo o fortalecimento do Ministério Público como uma situação necessária para que nós aperfeiçoemos o regime democrático no Brasil. Assim, se é tarefa do Ministério Público, segundo o art. 127, *caput*, da Constituição Federal, defender o regime democrático, a ordem jurídica, os interesses sociais e individuais indisponíveis, ele não pode ser desprumado de sua função máxima, que é essa, estipulada na Constituição Federal, com apequenamentos dados aqui e acolá, o que poderá pulverizar a sua atuação, que é constitucionalmente garantida e exigida.

É um dever-poder do Ministério Público mover a ação civil pública, defender a cidadania e o regime democrático quando isso for necessário. A mensagem que eu deixo é: fortaleçam o Ministério Público na defesa da sociedade brasileira e da