

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DO MANEJO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM
CAUSAS QUE VERSEM SOBRE MATÉRIA TRIBUTÁRIA À LUZ DO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

João Vitor Rigo Bonilha

Presidente Prudente/SP

2015

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DO MANEJO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM
CAUSAS QUE VERSEM SOBRE MATÉRIA TRIBUTÁRIA À LUZ DO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

João Vitor Rigo Bonilha

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel
em Direito, sob orientação do Prof. Wilton Boigues
Corbalan Tebar.

Presidente Prudente/SP

2015

BONILHA, João Vitor Rigo.

Análise da possibilidade do manejo da Ação Civil Pública em causas que versem sobre matéria tributária à luz do ordenamento jurídico brasileiro/ João Vitor Rigo Bonilha: - Presidente Prudente: Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. 2015.

Nº. de folhas:69

Monografia de conclusão de Curso de Direito – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo – Toledo: Presidente Prudente – SP, 2015.

1. Direitos e interesses metaindividuais. I. Análise da possibilidade do manejo da Ação Civil Pública em causas que versem sobre matéria tributária à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

A justiça pode irritar porque é precária. A verdade não se impacienta porque é eterna.

Rui Barbosa

Dedico este trabalho a todas as pessoas que batalham diariamente nos fronts acadêmicos, profissionais e políticos para promover a Justiça e criar uma vida em sociedade igualmente próspera a todos os cidadãos brasileiros.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por me dar a vida e a oportunidade de ter uma educação qualificada para enfrentar o mercado de trabalho.

Aos meus pais Cleber Lopes Bonilha e Ana Beatriz Danelon Rigo Bonilha por serem os responsáveis pela minha formação escolar e como pessoa. Por todas as vezes que me repreenderam quando eu estava errado e que me motivaram quando eu estava no caminho certo, sempre munidos de um amor incondicional e de muito apoio.

Agradeço também à minha irmã Maria Beatriz Rigo Bonilha por me aturar mal-humorado enquanto eu estava sob pressão, escrevendo este trabalho e estudando para provas e concursos concomitantemente.

Serei eternamente grato pelo suporte incansável e paciente de Vivian Flores Branco, que sempre me deu carinho e restabeleceu minhas forças por meio de seu amor, do qual partilho na mesma intensidade.

Fica meu *muito obrigado* a todos os professores que passaram pela minha vida e que, portanto, são tão responsáveis quanto eu pelo sucesso deste projeto. Assim como a meu orientador e amigo querido Wilton Boigues Corbalan Tebar, sempre presente via internet ou presencial para tirar minhas inúmeras dúvidas e guiar meu caminho.

Sou grato a todos meus amigos e parentes, os quais tenho até dificuldade em diferenciar, e que são a minha base e meu conforto no dia-a-dia.

Finalmente agradeço ao meu avô Waldemar Chitolina Rigo que partiu deste planeta prematuramente em 2004, mas que foi o grande responsável pela pessoa que sou hoje e deixou uma imensa ansiedade em revê-lo. Se nas palavras dele ditas quando eu era criança: “Se eu não existisse eu deveria ser inventado”, nas minhas eu digo hoje que: “Se eu precisasse ser inventado, o inventor seria você”.

RESUMO

RESUMO: A presente monografia se presta a analisar a possibilidade do manejo da Ação Civil Pública em causas tributárias no ordenamento jurídico brasileiro, a partir de uma breve contextualização histórica acerca das condições de seu surgimento às margens da publicação da Constituição Federal de 1988, conceituando os direitos transindividuais, abordando a competência para julgamento destas demandas e o rol de legitimados para sua propositura. Aqui fica demonstrada a importância do Ministério Público como legitimado, a discussão envolvendo os assistidos pela Defensoria Pública, e a escolha do legislador em vetar o uso desta ferramenta para as causas tributárias. Mais à frente, o autor trata dos conceitos e princípios envolvendo o tributo e, por meio do pensamento lógico, classifica os contribuintes de tributos diretos e indiretos como portadores de direitos metaindividuais distintos e divergentes do entendimento da jurisprudência. Por fim, analisa-se a constitucionalidade formal e material do parágrafo único do artigo 1º da lei 7.347/85 por meio do uso de métodos hermenêuticos explicados no corpo do capítulo que os contém, para que se chegue a uma conclusão final sobre a possibilidade ou não do uso da Ação Civil Pública Tributária.

Palavras-chave: Ação Civil Pública. Transindividual. Competência. Legitimados. Tributo. Princípios. Hermenêutica. Constitucionalidade Formal e Material.

ABSTRACT

Abstract: The present paper pretend to analyze the possibility of handling a Public-interest Civil Action (sort of law suit) in tribute causes in the Brazilian legal system, starting with a short historical context about the conditions of it appearance on the Federal Constitution of 1988, conceptualizing transindividual rights and approaching the competence to judge this lawsuit and list of legitimate to it proposal in order to satisfaction of this rights by collective sentence. It was demonstrated the importance of Public Ministry as legitimated institution to defend this rights, as so the Public Defenders, and the legislator's choice of vetoing the use of this action in tribute causes. Further ahead, the author brings concepts and principles involving the tribute and, by using the logical thinking, ranks the taxpayers of direct and indirect tributes as holders of distinct transindividual rights, diverging from the jurisprudence. At last, this paper analyzes the formal and material constitutionality of the sole paragraph of the Article1 of the law 7.347/85 by the use of hermeneutical methods explained throughout the respective chapter, coming up well to a final conclusion about the possibility of the use of the Public-interest Civil Action in tribute causes.

Key-words: Public-interest Civil Action. Transindividual. Competence. Legitimate. Tribute. Principles. Hermeneutics. Formal and Material Constitutionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 ANÁLISE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA	11
2.1 Contextualização da norma	11
2.1.1 Direitos difusos e coletivos	13
2.2 Competência.....	14
2.3 Os Legitimados	16
2.3.1 Ministério Público como legitimado.....	18
2.3.2 Defensoria Pública.....	20
2.3.3 Entes da Administração Pública direta e indireta e Associações Cívis.....	22
2.4 Causa de pedir.....	23
3 O BEM JURÍDICO TRIBUTÁRIO	26
3.1 Conceitos e Princípios do Tributo	28
3.2 Direito Difuso, Coletivo ou Individual Homogêneo?	35
3.3 A Figura do Consumidor	39
4 ANÁLISE HERMENÊUTICA E FORMAL DA CONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 1º DA LEI 7.347/85	44
4.1 Constituição Federal	44
4.1.1 Hermenêutica/interpretação constitucional.....	45
4.1.2 Técnica de interpretação e máxima eficácia das normas constitucionais	47
4.2 Dos Direitos Fundamentais: a Análise da Constitucionalidade Material do Dispositivo	49
4.2.1 Legitimação	53
4.3 Análise da Constitucionalidade Formal do Dispositivo	56
5 CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

1 INTRODUÇÃO

A Ação Civil Pública foi criada pela Lei 7.347/85 e trata-se de fruto de um movimento filosófico de coletivização de direitos e legitimidade ativa, significando grande avanço sobre os ideais e fundamentos individualistas que se perpetuavam pela legislação processual nacional.

O presente trabalho científico visa citar inicialmente, de maneira introdutória e sucintamente o contexto filosófico e histórico da norma, enquanto aponta sua competência, legitimados, limites e espécies de direito abrangidos, de modo a realizar um panorama geral acerca dos direitos transindividuais: direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Primeiramente, o trabalho trata da contextualização da legislação frente ao momento histórico e filosófico do país que levou à publicação da lei 7.347/85, apontando a principal obra responsável pela mudança de paradigma envolvendo direitos transindividuais. Em seguida, o texto aponta as diferenças e características das espécies de direitos metaindividuais, falando de cada um individualmente e suas particularidades. Por fim, o autor achou por bem apresentar os aspectos técnicos de aplicação da norma e as divergências doutrinárias e suas opiniões, favoráveis e desfavoráveis, a dos autores consagrados na matéria. Como a competência e a dificuldade de restringi-la frente à abrangente região geográfica por onde se estendem seus efeitos e, finalmente, o rol de legitimados, apresentando o Ministério Público na vanguarda desta posição, sem deixar de citar uma crítica doutrinária em relação a esta dominância, e o julgamento do Supremo Tribunal Federal em relação à constitucionalidade da atuação da Defensoria Pública em feitos desta natureza.

O reconhecimento de direitos que extrapolam a individualidade surgiu no ordenamento jurídico brasileiro como uma evolução natural da sociedade. Cada vez mais pessoas encontram-se ligadas seja por vínculos jurídicos ou de natureza fática e, portanto, são atingidas por problemas de origem comum, que incidem sobre um determinado grupo ou são tão abrangentes que atingem uma população incalculável e indivisível de indivíduos.

O ponto de origem de tal fenômeno social é diverso, são “pontos de origem”. É possível apontar o aumento exponencial da população, a modernização da indústria, a presença de empresas multinacionais de dimensões colossais no dia-a-dia da sociedade moderna, a globalização, a expansão contínua de novas áreas

de trabalho, novos mercados e etc. Os motivos são tão vastos que o trabalho poderia seguir enumerando-os a exaustão.

Estes acontecimentos tiveram como efeito o surgimento de reiteradas ações semelhantes, oriundas de um acontecimento em comum, como por exemplo, uma cláusula abusiva de uma grande empresa de consórcio, que atinge a todos os consorciados, ou um defeito de fábrica em um modelo de veículo de determinada montadora.

O grande volume de ações acerca de um mesmo acontecimento, além de sufocar o poder Judiciário, pode gerar decisões judiciais contrárias, colocando em cheque a credibilidade do sistema e conseqüentemente, a segurança jurídica garantida pela Carta Magna como um todo.

Sendo assim, a relevância do primeiro capítulo é apontar, pelo método histórico, dialético e dedutivo, que analisa a monografia como um todo, a Ação Civil Pública como ferramenta de origem constitucional para a solução de conflitos coletivos, de direitos difusos e coletivos, fomentando a celeridade processual e efetividade da Justiça. Fazendo uma breve apresentação, em seu último tópico, do parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85. Dispositivo que pôs fim à Ação Civil Pública tributária e é trazido a fim de se estabelecer uma conexão entre o primeiro capítulo e o resto do desenvolvimento argumentativo trazido em tela.

O texto traz em seu segundo capítulo de desenvolvimento o bem jurídico tributário, discutindo sua natureza jurídica, seus conceitos e princípios no ordenamento jurídico pátrio. O autor também busca estabelecer a posição do Estado e do cidadão brasileiro na relação jurídica tributária existente entre fisco e contribuinte, desde o estágio inicial, deliberativo, do tributo como dever de solidariedade social até sua fase final, e legal, de relação jurídica obrigacional.

Isso será feito a fim de que seja demonstrada a deficiência jurídica defensiva do cidadão brasileiro frente ao poder de tributar da União, que como em qualquer Estado, tende a estipular os impostos em seu benefício e dos seus representantes e não ao da coletividade nascida de seu ventre pátrio. O que só é agravado pela postura centralizadora dos Poderes Legislativo e Executivo em relação ao tributo, recorrente mesmo após a Constituição Federal de 1988, culminando no assassinato da Ação Civil Pública sobre matéria tributária pela medida provisória n. 2.180-35/2001.

Contém o capítulo também um exercício de raciocínio lógico, com o objetivo de identificar em qual categoria de direito metaindividual se encontra classificada a posição compartilhada entre os contribuintes diretos e a compartilhada pelos contribuintes indiretos, e porque elas são diferentes. O texto então toma esta conceituação e diferenciação para interpretar se o entendimento jurisprudencial perpetuado sobre o tema está de acordo com o raciocínio lógico padrão.

Na sequência encontra-se um tópico que discute se a posição que ocupa a figura do consumidor é semelhante à ocupada pelo contribuinte. Ambos adquirem ou utilizam produtos ou serviços como destinatários finais de um fornecedor, que pode possuir paralelo com o Estado quando este trabalha para produção, montagem, criação, construção, transformação e prestação de serviços. Analisar-se-á assim o argumento de que o direito do contribuinte é equânime ao do consumidor em sua natureza, e se isso permite também a Ação Civil Pública por conta desta semelhança.

No terceiro capítulo de desenvolvimento, a monografia passa a se utilizar da hermenêutica para interpretar a Constituição Federal e analisar a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85. Observando se seu conteúdo concernente às causas tributárias se encontra em conformidade com os direitos e garantias fundamentais protegidos pela Magna Carta, principalmente com o Acesso à Justiça, buscando um veredito sobre a constitucionalidade material do dispositivo.

O mesmo capítulo aborda um estudo sobre a medida provisória e sua consequente Emenda Constitucional, responsável pelo fim da Ação Civil Pública Tributária. Procura-se entender qual a necessidade e urgência que desencadeou tal vedação e os motivos por traz desta manobra, e se houve ou não inconstitucionalidade formal de tal ato.

Por fim, o trabalho é concluído evidenciando a positividade de existir à disposição do contribuinte brasileiro uma ferramenta tão versátil e poderosa que é a Ação Civil Pública, enquanto são retomados os pontos principais do trabalho a fim de tecer uma consideração final sobre o apresentado.

2 ANÁLISE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O presente capítulo é de suma importância por apresentar o instrumento processual tema, situando o leitor dentro do contexto histórico que levou à criação da lei 7.347/85. Por meio de uma breve explanação, e apresentando os pontos controvertidos acerca do tema, será desenvolvida a argumentação e a ligação entre o exposto e o objeto de estudo do trabalho, facilitando ao leitor entender a mensagem a ser transmitida pela leitura. Portanto, sem mais delongas, segue o texto.

2.1 Contextualização da norma

A ação objeto de estudo deste trabalho nada mais é que uma espécie de ação coletiva, gênero brilhantemente descrito pelo autor Antonio Gidi (2004, p.31) em sua obra publicada pela Universidad Autónoma de México:

Yo ofrezco la siguiente definición: “una acción colectiva es la acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada)”. Em consecuencia, los elementos esenciales de una acción colectiva son la existencia de un representante, la protección de un derecho de grupo y el efecto de la cosa juzgada.¹

Sendo assim, todos os elementos citados de tal ação são encontrados a contento em seu próprio texto normativo.

A Ação Civil Pública, segundo aponta João Batista de Almeida (2001, p.30), é a via processual adequada para impedir a ocorrência ou reprimir danos aos bens coletivamente tutelados. É, portanto, um mecanismo voltado à proteção de Direitos Transindividuais, direitos que obtiveram maior destaque após os estudos da Professora Ada Pellegrini Grinover, que culminaram em sua obra “Tutela Jurisdicional dos interesses difusos”, publicada em 1979.

¹ “Eu ofereço a seguinte definição: “a ação coletiva é a ação promovida por um representante (legitimação coletiva), para proteger o direito que pertence a um grupo de pessoas (objeto do litígio), cuja decisão obrigará o grupo como um todo (coisa julgada)”. “Por conseguinte, os elementos essenciais de uma ação coletiva são a existência de um representante, a proteção de um direito de um grupo e o efeito de coisa julgada.” (Tradução Livre).

O cenário nacional era o de um povo dotado de espírito de mudança, com o período final da Ditadura Militar no Brasil, a população sentia-se cada vez mais unida pelo ideal de democracia e de um Estado reformado, garantidor de seus direitos.

A Ação Civil Pública surgiu pouco antes da Constituição Federal de 1988, como um adiantamento do que nossa nova Carta Maior traria em benefício da coletividade. Saciando o anseio popular por garantias constitucionalmente previstas.

A doutrina, como alegado acima, tratou de alavancar a positivação dos direitos, neste sentido traz o Professor João Batista de Almeida (2001, p. 32):

Foi a doutrina a grande responsável pelo delineamento conceitual dos tais interesses difusos e coletivos, a partir de 1975, sob o comando de Mauro Cappelletti, na Itália, e Ada Pellegrini Grinover, no Brasil. A partir de 1990, no entanto, secundando os ensinamentos doutrinários, tais interesses passaram a ser definidos em lei. Assim, interesses ou direitos difusos são “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (CDC, art.81, parágrafo único,I).

A partir do início dos anos 90 as leis trouxeram em seu texto a definição específica do que seriam tais direitos transindividuais. Mesmo que a própria LACPD ao tempo de sua publicação, não trouxesse tal definição, a lei 8.078/90, dispõe em seu artigo 81, parágrafo único. Este parágrafo traz em seus incisos a definição específica, delimitada pelo legislador, sobre o que são os direitos transindividuais sob o escopo do ordenamento jurídico pátrio.

E, ainda que não esteja expressamente prevista no texto constitucional pátrio, é tida esta ação como um pertencente ao mecanismo de tutela aos direitos metaindividuais, como bem disserta Fernando Reverendo Vidal Akaoui (2009, p. 26):

A ação civil pública acabou por ganhar contornos constitucionais, quando o artigo 129, inciso III, consignou tratar-se de sua propositura de função institucional do Ministério Público e estendeu essa possibilidade àqueles a quem a lei ordinária conferisse a mesma legitimidade (art. 129, §1º).

A conexão inquebrável entre tal instrumento e o Ministério Público, além de estabelecer o seu patamar classificatório como constitucional, salienta sua importância para a garantia de muitos dos direitos previstos nos incisos do artigo 5º da Constituição Federal quando envolvidos em uma questão transindividual.

2.1.1 Direitos difusos e coletivos

É mister iniciar esta seção secundária à partir da célebre definição do Professor Marcus Vinicius Rios Gonçalves sobre o que são estes direitos ou interesses metaindividuais (2012, p. 12):

Também chamados interesses coletivos, sem sentido amplo, consistem em uma nova categoria que não se enquadre nem como interesse público nem como privado. Não é público porque não tem como titular o Estado, nem se confunde com o bem comum; e não é privado porque não pertence a uma pessoa, isoladamente, mas a um grupo, classe, ou categoria de pessoas. (...)

O interesse transindividual se caracteriza por pertencer a um grupo, categoria ou classe de pessoas que tenham entre si um vínculo, seja de natureza jurídica, seja de natureza fática.

Separados em difusos, coletivos e individuais homogêneos, os direitos transindividuais são tratados pelo Código de Defesa do consumidor no parágrafo único de seu artigo 81:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os 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;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

O dispositivo em tela permite a seguinte conceituação, os direitos difusos são aqueles em que não é possível distinguir seus titulares, que estão ligados por uma relação de natureza fática. Os direitos ligados ao meio ambiente são o exemplo clássico, abrangem a coletividade como um todo, não sendo possível especificar os afetados por eventuais danos, advinda a correlação destes de um evento observável no mundo fático: o dano, ou a ameaça ao meio ambiente que os cerca.

Os direitos coletivos, assim como os difusos, são direitos transindividuais de natureza indivisível, no entanto, aqui os titulares são indivíduos ligados por uma relação jurídica base, isto é, o laço que os reúne é jurídico, por

exemplo, um contrato de trabalho de um grupo de trabalhadores metalúrgicos. Caso uma cláusula deste contrato seja abusiva, todas as pessoas signatárias deste são afetadas, gerando uma necessidade de tutela coletiva do grupo. A grande diferença do inciso I é que neste tipo de direito há a possibilidade de especificar os indivíduos titulares deste, ou seja, é possível quantificar e individualizar cada um dos tutelados (no exemplo são os signatários do contrato de trabalho).

E por último, no inciso III, estão os direitos individuais homogêneos, direitos de natureza divisível com titulares identificáveis correlacionados por uma relação de natureza fática. Um bom exemplo é o da relação entre os consumidores de um produto defeituoso e seu fornecedor, como bem explica o Professor Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2012, p. 18), “a origem do problema não foi o contrato, e sim um fato”, no exemplo, um defeito de fábrica.

Ainda, no artigo 1º da Lei 7.347/85 há a delimitação do objeto do instrumento processual tema, seu inciso IV aponta diretamente para os direitos difusos e coletivos. Interesses que até a aurora da última década do século XX encontravam-se sem conceituação positivada até o advindo do CDC. Isso já é prova da forte ligação entre o código de defesa do consumidor e ação civil pública. Aqui está demonstrada a dependência conceitual que a lei tema tem com o códex do consumidor, mas a ligação é um pouco mais profunda como será tratado em outros pontos do presente trabalho.

Também é importante ressaltar que o próprio Código do Consumidor prevê a possibilidade de utilização do mecanismo em causas concernentes a direitos individuais homogêneos, o que caminha na contramão do que prevê a Constituição Federal em relação as funções do Ministério Público, artigo 129, que prevê atuação apenas em cede de direitos difusos e coletivos, a questão porém, já foi relativamente pacificada pela jurisprudência, como será demonstrado no título 2.3.1.

2.2 Competência

O artigo 2º da Lei 7.347/ 85 coloca-se da seguinte maneira:

Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Parágrafo único: A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de

pedir ou o mesmo objeto. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

O texto legal dispõe que o foro competente para a propositura da Ação Civil Pública é o do local do dano, desta premissa conclui-se que a competência da ACP é territorial, seguindo a competência compatível com a esfera do dano, por exemplo, se a causa versar um problema de natureza trabalhista, será competente a Justiça do Trabalho para o julgamento da causa.

Portanto, pelo critério territorial analisa-se por qual espaço geográfico estendeu-se o dano reportado na ação proposta. O Professor Humberto Theodoro Junior ensina (2014, p. 300):

III – critério territorial: que se reporta aos limites territoriais em que cada órgão judicante pode exercer sua atividade jurisdicional. Sua aplicação decorre da necessidade de definir, entre os vários juízes do país, de igual competência em razão da matéria ou em razão do valor, qual o que poderá conhecer de determinada causa. Baseando-se ora no domicílio da parte, ora na situação da coisa, ou ainda no local em que ocorreu o fato jurídico, o legislador atribui a competência da respectiva circunscrição territorial. A competência assim firmada recebe o nome de competência territorial ou do foro.

A problemática prática do disposto reside no fato de que muitas vezes o dano se estende por diversas comarcas, capitais ou até mesmo estados federativo inteiros, além de muitas dessas causas versarem sobre assunto de competência privativa da União.

Em relação às causas federais, é pacífico que estas deverão ser julgadas pela Justiça Federal do território onde ocorrer o dano em pauta, logo, juízes federais em consonância com o artigo 109 da Constituição Federal de 1988 podem julgar as ações civis públicas que tratem de assuntos previstos como competência destes.

No entanto, isso não resolve a questão sobre causas acerca de danos de elevadas dimensões territoriais, para tal, a solução que aponta o Professor José dos Santos Carvalho Filho é a seguinte (2009, p. 40):

Ocorre, contudo, que a rigidez da regra do foro do local do dano ou da ameaça poderia provocar alguns problemas para a proteção dos interesses coletivos e difusos, um vez que é inegável que algumas situações fáticas podem consumir-se em grandes extensões territoriais. Para sanar o problema, a Lei nº 8.078 (Código de Defesa do Consumidor) aperfeiçoou a regra sobre o foro, estabelecendo foto alternativo nos seguintes termos:

Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Nota-se aqui outro exemplo da forte ligação entre as leis 7.347 e 8.078, cura-se a ausência de uma no corpo da outra. Como prevê o legislador no trecho acima, quando o dano ocorrer em pequena escala geográfica, utiliza-se a foro do âmbito local, quando o dano for de âmbito nacional ou regional a ação deverá ser ajuizada no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal.

O primeiro inciso demonstra obrigatoriedade na escolha do foro, é a interpretação que se dá *prima facie* e esta já é apurada o suficiente, já o segundo inciso enseja uma possibilidade de discricionariedade por parte do autor caso a ação se estenda por mais de um estado ou região do estado. Na opinião do autor deste trabalho e do Professor José dos Santos Carvalho Filho (2009, p.41) será o foro do juízo em que primeiramente se der a citação válida, sendo então a competência firmada por prevenção, segundo as regras estabelecidas no Código de Processo Civil.

Por fim, é importante ressaltar que caso a Ação Civil Pública se dê por conflito entre Estado e a União, o juízo competente será o STF, por conta do art.102,I,"f", da Constituição Federal.

2.3 Os Legitimados

Se ações coletivas dizem a respeito a direitos compartilhados entre vários indivíduos, quem seria legitimado para propor ação? Seriam todos ou o primeiro a acionar o judiciário?

Como resposta a este questionamento, os idealizadores do projeto da lei da Ação Civil Pública buscaram inspiração nas Class Actions norte-americanas, que remontam à década de 60, que como aponta o Professor Rodolfo de Camargo Mancuso (2002, p.103), equiparam-se elas às formulações mais avançadas dos diferentes sistemas jurídicos. Isso sem deixar de fixar suas bases em critérios legais, afastando a discricionariedade do magistrado ao negá-lo o dever de reconhecer a representatividade adequada.

Os legitimados para a Ação Civil Pública ficam elencados no artigo 5º da Legislação Ordinária, tratando-se de cinco entes elencados por seus cinco incisos:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público.

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

É notável a atuação do legislador no sentido de restringir a legitimidade da ação para grupos específicos com finalidades bem delimitadas como bem introduz Mancuso (2002, p. 148):

Possivelmente, a própria exclusão do *cidadão* dentre os co-legitimados à ação civil pública já se prenda a um propósito de possibilitar um melhor controle na propositura das ações civis públicas, a par da circunstância - relembre-se - que o *cidadão-eleitor* já é legitimado para a ação popular, esta também um instrumento de tutela de interesses difusos (...). Como diz Galeano Lacerda: “Se nós abrirmos a legitimação para qualquer um do povo, poderá efetivamente haver o abuso. Então, no momento em que a lei outorga legitimação a associações civis, se presume pelo menos que haja uma maior responsabilidade no ingresso de uma demanda dessa natureza.”

Esta limitação do rol de legitimados serve justamente para garantir que os efeitos da Ação Civil Pública não atinjam não-interessados, ou prejudiquem de alguma forma o cidadão comum, pois há a especificação das finalidades e dos grupos ao mesmo tempo, inclusive no mesmo dispositivo. Impedir que o cidadão, individualmente, promova este tipo de ação não restringe seus direitos, muito pelo contrário, garante sua proteção deixando a lei mais específica e o mecanismo mais simples como um todo.

Nada melhor que dar a legitimação a entidades de características coletivas, tendo em vista que seus objetivos são simétricos à ideia de uma ação conjunta cujo efeito, se de acordo com o pleiteado ao menos em parte, atinja vários indivíduos ao mesmo tempo.

2.3.1 Ministério Público como legitimado

Logo no primeiro inciso temos o Ministério Público, escolha lógica do legislador por tratar-se de instituição permanente com função estabelecida pela Constituição Federal. O artigo 127 da Carta Maior do Estado brasileiro prevê como incumbência do *Parquet* a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Ora, o que seriam os interesses transindividuais senão interesses sociais? Tanto, que o subsequente artigo 129, inciso II, que trata das funções institucionais do órgão prevê expressamente tal dever e legitimação.

Tão acertada foi a decisão do legislador, que a maioria das Ações Cíveis Públicas propostas no país partiram desta instituição. O Ministério Público pode atuar nestas causas de duas maneiras, como autor ou como fiscal.

Como autor, o promotor pode ingressar com a demanda quando encontrar os requisitos para tal, cabendo-lhe discricionariedade acerca da opção da propositura ou não, desde que não haja dolo. O cenário é parecido com o do magistrado ao deparar-se com um pedido de tutela de urgência, analisam-se as condições e os requisitos e o juiz tem uma margem para decidir se é cabível ou não a decisão especial, a mesma coisa acontece com o membro do MP. Este é o entendimento do Professor Marcus Vinícius Rios Gonçalves (2012, p. 69) e o do autor do seguinte trabalho.

Há controvérsia em relação às causas que versem sobre direitos individuais homogêneos como aponta o artigo 82, c/c o artigo 81, III, no Código de Defesa do consumidor, como pode o *Parquet* se envolver em causas que não interesses à sociedade como um todo e atinjam apenas um grupo restrito e determinado de indivíduos? A resposta é a que o Professor Marcus Vinícius Rios Gonçalves evidencia (2012, p. 69):

No Estado de São Paulo, frequentemente os promotores têm deixado de officiar em ações civis públicas que versam sobre interesses desta natureza, aduzindo que isso fere sua destinação institucional. O Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo editou a Súmula 7, segundo a qual o *Parquet* está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, tais como: a) os que digam respeito a direitos ou garantias constitucionais, bem como aqueles cujo bem jurídico a ser protegido seja relevante para a sociedade (...) b) nos casos de grande dispersão dos lesados (...) c) quando a sua defesa pelo Ministério Público convenha à coletividade, por assegurar a implementação efetiva e o pleno funcionamento da ordem jurídica, nas suas perspectivas econômicas, social e tributária.

O Ministério Público só está legitimado para a defesa dos interesses individuais homogêneos, que sejam também indisponíveis ou de tal vulto que interessem a toda a sociedade. Com exceção desses casos, não há motivo para a sua participação, seja como autor, seja como fiscal da lei.

Desta feita, observa-se que quando pertinente ao cumprimento de sua função institucional, pode o promotor de justiça ingressar com ação civil pública, não sendo possível a sua atuação se a causa não diga respeito a um interesse social de grande amplitude.

Como fiscal da lei, o parágrafo 1º do artigo 5º da LACP prevê esta obrigatoriedade, o Ministério Público deve postar-se como fiscal do procedimento como um todo, não precisando agir em favor da parte a todo o momento. Mesmo não sendo o autor da demanda, a instituição deve primar pela aplicação correta de normas, é a sua função como *custos legis*.

Há quem critique a dominante posição de legitimado principal da ação civil pública, como é o caso de Eurico Ferraresi (2007, p. 139):

Neste item, demonstrar-se-á que a atuação do Ministério Público tolheu as iniciativas das associações e do cidadão no ajuizamento da ação popular. Com efeito, como a instituição assumiu de uma forma tão voraz a defesa dos direitos supra-individuais, toda a comunidade permaneceu inerte, fazendo, no máximo, cobrar sua atuação. A situação que deveria ser provisória e excepcional, acabou virando a regra.

O autor aponta que, embora o Ministério Público com o advento da Lei da Ação Civil Pública tenha aprimorado a defesa dos interesses coletivos como um todo, acabou acomodando a população brasileira que com o tempo, a maturidade e melhor educação deveria ter se tornado apta para individualmente figurar como autora no polo de tal ação, o que não ocorreu até hoje.

Tal argumento é válido e levanta questões sobre como a população se apoia em órgãos do Estado para cumprir um papel que muito bem poderia estar sendo cumprido por ela mesma. No entanto, a falta de pressão social e parlamentar neste sentido demonstra que a retirada do Ministério Público deste cenário de maneira súbita nada mais traria do que severos danos à manutenção da proteção à esfera de direitos metaindividuais dos cidadãos. Parece que a evolução prevista ainda deve estar a caminho.

2.3.2 Defensoria Pública

No segundo inciso do artigo responsável pela disposição dos legitimados à ação tema, está a previsão da atuação da Defensoria Pública. A Defensoria Pública é instituição cuja função é a estabelecida pelo artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal, que é prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

O órgão é regulado pela lei complementar nº 80 de 1994 e logo no seu artigo 1º já estipula:

Art. 1º. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

No texto é perceptível que a função da Defensoria é a proteção dos hipossuficientes, inclusive em seus direitos coletivos. A questão que surge de tal disposição é se seria tal órgão legitimado para propor a Ação Civil Pública na proteção de qualquer direito metaindividual, ou estaria ela restrita à proteção de direitos condizentes apenas aos necessitados?

Este autor entende que a legitimação da Defensoria Pública é limitada à matéria condizente à sua função institucional. Ora, se o órgão criado para prestar assistência judiciária gratuita às classes sociais mais baixas passasse a atender o clamor de toda a coletividade quando achasse condições para tal, não estaria apenas se desviando de seu objetivo, mas negligenciando seu tempo e poder na direção de assuntos concernentes a outro órgão ou grupo de pessoas. Tempo este que deveria ser empregado em sua nobre tarefa de defesa aos hipossuficientes, cumprida a muito custo na realidade atribulada do cenário jurídico nacional.

Esta não é a posição entendida pelo professor Marcus Vinícius Rios Gonçalves (2012, p. 72) que ao mencionar a legitimidade do órgão abordado, citou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.943:

A questão está *sub judice*, pois o CONAMP ajuizou a ADI 3.943, ainda não julgada pelo STF, sustentando a impossibilidade de a Defensoria Pública

ajuizar ação civil pública sem restrições, diante da sua função institucional, que exige que os beneficiários sejam identificáveis, para que se verifique se são ou não carentes (...) mas parece que não há inconstitucionalidade na lei, já que os interesses transindividuais, dada a sua natureza, são definidos em conjunto, não sendo necessário nem possível verificar previamente a situação individual de cada potencial beneficiário.

A discrepância de entendimento dentre o disposto pela monografia e o disposto pelo professor supracitado, reside no fato de que o professor entende a impossibilidade de identificar os sujeitos ativos protegidos pela Defensoria Pública como motivo para a permissão de sua atuação como legitimada em todas as hipóteses da LACP, já o aluno que esta escreve a entende como um impedimento para que a instituição assuma tal papel, por todos os motivos escritos nos parágrafos acima.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento da ADI 3.943 datado de 7 de maio de 2015, adotou de maneira unânime o entendimento do autor da obra supracitada em detrimento do defendido por este artigo, como traz a notícia do site Migalhas, “Defensoria Pública tem legitimidade para propor ACP” (2015, S.p), acerca do voto da ministra Carmen Lúcia:

Em seu voto, a ministra Cármen Lúcia considerou que o aumento de atribuições da instituição amplia o acesso à Justiça e é perfeitamente compatível com a LC 132/09 e com as alterações promovidas pela EC 80/14, que estenderam as atribuições da Defensoria Pública.

Ressaltou que não há qualquer vedação constitucional para a proposição desse tipo de ação pela Defensoria, nem norma que atribua ao MP prerrogativa exclusiva para tanto.

"Inexiste nos autos comprovação de afetar essa legitimação, concorrente e autônoma da Defensoria Pública, às atribuições do Ministério Público, ao qual cabe promover, privativamente, ação penal pública, na forma da lei, mas não se tem esse ditame no que diz respeito à ação civil pública".

A ministra acrescentou que a inclusão da defesa dos direitos coletivos nas atribuições da Defensoria Pública é coerente com as novas tendências e crescentes demandas sociais de se garantir e ampliar os instrumentos de acesso à Justiça. Saliou que não é interesse da sociedade limitar a tutela dos hipossuficientes, e que o STF tem atuado para garantir à Defensoria papel de relevância, como instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado.

Por fim, destacou a importância da ampliação dos legitimados aptos a propor ação para defender a coletividade, pois, "em um país marcado por inegáveis diferenças e por concentração de renda, uma das grandes barreiras para a implementação da democracia e da cidadania ainda é o acesso à Justiça".

Com base no relatado pelo site, a suprema corte parece enxergar que ao permitir a atuação da Defensoria Pública como legitimada está abrindo mais uma

via para que o cidadão tenha acesso a este sistema constitucional de tutela de interesses metaindividuais.

No entanto, o voto da ministra em momento algum aborda o desvio de função do órgão e demonstra se apoiar no objetivo de facilitar a vida do cidadão que necessita se utilizar da ação civil pública e não manter o bom funcionamento do mecanismo da instituição como um todo. A Defensoria Pública é um órgão relativamente novo, e que ainda não tem atuação por todo o território nacional, sendo que em alguns estados da federação tal instituição ainda não existe, atribuir nova função a ela parece de certa forma mais prejudicial a esta e aos hipossuficientes envolvidos com outras causas individuais, devido à sobrecarga, do que o hipotético dano de manter o Ministério Público, que até o momento demonstra competência satisfatória para tanto, figurando como principal legitimado para tal demanda. Sua estrutura é certamente muito mais efetiva e acertada para atingir seus fins pelos meios adequados.

Caso ocorra um vazamento de lixo tóxico em algum bairro nobre, e os moradores procurem a Defensoria Pública para atender suas necessidades por uma Ação Civil Pública, parece justo que uma senhora de 90 anos, hipossuficiente, que necessita de fraldas por conta de sua idade avançada, tenha atrasada a propositura de sua ação contra o estado para consegui-las gratuitamente? Parece que não.

A ânsia maquiavélica em atender a coletividade parece prejudicar o bom atendimento ao cidadão na condição de indivíduo, e isso por si só já basta para justificar o entendimento contrário ao do STF.

2.3.3 Entes da Administração Pública direta e indireta e Associações Cíveis

Sobre os incisos III e IV da lei 7.347/85, parece haver a necessidade de pertinência temática para a propositura da ação coletiva, pois estaria o Estado adstrito a justificar a necessidade e a ligação da demanda com as suas funções. Tal convicção é extraída da interpretação teleológica da alínea “b” do inciso V do mesmo dispositivo legal, o que por *de per se* já aponta esta necessidade para as associações.

A obra do professor Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2012, p. 72) elucida bem esta ideia:

Quanto ao requisito da pré-constituição, parece-nos que só as associações civis devem preenchê-lo, sendo desnecessário para as entidades da administração direta e indireta. Já o da pertinência temática é exigido também para os órgãos da administração pública indireta. Por força do princípio da especialidade, eles só podem ajuizar ações civis públicas que estejam relacionados com as suas funções. (...) Os entes estatais só podem propor ação que verse sobre danos que lhes digam respeito, sob pena de carecerem de interesse de agir.

Como bem se interpreta do excerto supracitado, o princípio da especialidade é o vetor que aponta para a extensão da alínea “b” do inciso V para os incisos III e IV do artigo 5º da LACP. Não seria concebível o Estado do Rio de Janeiro ajuizar demanda coletiva para a proteção de um direito do Estado do Espírito Santo ou um órgão ligado à segurança pleitear algo relacionado à saúde ou ainda uma associação de defesa ao meio ambiente buscar tutela jurisdicional para uma ação em defesa ao consumidor. Haveria uma quebra da lógica do ordenamento jurídico pátrio como um todo.

Como bem conclui o Doutor Livre Docente da Universidade de São Paulo, Rodolfo de Camargo Mancuso (2002, p. 137):

Hoje se admite que as ações coletivas, quando exercitadas por uma associação, que assim se coloca como uma *longa manus* da coletividade interessada, pressupõem uma legitimação que deve ser tida como ordinária. Assim é porque, afinal, como já houvera preconizada Kazuo Watanabe: “Associação que se constitua com o fim institucional de promover a tutela de interesses difusos (meio ambiente, saúde pública, consumidor etc.) ao ingressar em juízo, estará defendendo um interesse próprio, pois os interesses de seus associados e de outras pessoas eventualmente atingidas, são também seus, uma vez que ela se propôs a defendê-los, como sua própria razão de ser”.

A legitimidade das associações deve ser vista como ordinária, pois esta está agindo em interesse próprio ao cumprir a sua “razão de ser”. Com o advento das alterações na legislação desde a publicação da obra citada acima, que culminou na lei 11.448/2007 e na lei nº 13.004/2014, esta interpretação também se faz para os entes da administração pública direta e indireta.

2.4 Causa de pedir

Enfim, o trabalho busca em suma analisar a *causa de pedir* da Ação Civil Pública, elencado em seu artigo 1º da seguinte forma:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo

V - por infração da ordem econômica

VI - à ordem urbanística.

VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.

VIII - ao patrimônio público e social

Parágrafo único. 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.

Todas as causas que estejam de acordo com a ACP estão elencadas neste dispositivo, o rol é taxativo. Até a previsão da defesa do consumidor é expressa, o que apazigua, em parte, a discussão já mencionada sobre a legitimidade ou não do MP atuar nestas hipóteses.

No entanto, o que salta aos olhos, estranha e intriga quem observa o dispositivo com especial atenção, é o fato que as pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias e o FGTS, assim como “outros fundos de natureza institucional cujos benefícios podem ser individualmente determinados”. Tal colocação parece ir de encontro aos objetivos da própria ação, como demonstrados durante todo este capítulo e é o que motivo todo o trabalho.

O professor Cassio Scarpinella Bueno, assim como diversos dos autores citados neste próprio capítulo, crucifica todo o desenrolar de acontecimentos que levaram à edição deste parágrafo, que não estava presente no texto original da norma. O autor inclusive escreveu um artigo muito interessante sobre o tema, de nome RÉQUIEM PARA A AÇÃO CIVIL PÚBLICA (2000, p. 4), disponível no site do autor. No texto, o autor afirma veementemente, por repetidas vezes, que a ação está morta, como demonstrado a seguir:

O fato é que, isto é importante deixar bem claro, a ação civil pública está morta. Desde 2 de junho de 2000, quando morreu pela primeira vez com a décima oitava reedição da Medida Provisória nº 1.984-18, ela já não pode mais “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 considerados”. E se não pode mais é porque morreu. Morreu pelo menos quanto a isto. É esta, basta ler a Medida, a vontade do Poder Executivo Federal. Não há qualquer margem a dúvidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85. A ação civil pública morreu.

E o grande responsável por esta morte é o referido parágrafo único de artigo 1º, editado por uma medida provisória e confirmado por uma Emenda Constitucional que imortalizou todas as medias “provisórias” anteriores à sua edição no ordenamento jurídico brasileiro. A ação perdeu força, sua razão de ser tornou-se menos do que o idealizado. Ela não fornece mais tutela coletiva de direitos para os contribuintes.

É o próprio Scarpinella quem aponta com propriedade a este fato em sua obra Curso Sistematizado de direito processual civil (2012, p. 232):

O dispositivo e a restrição dele decorrente são flagrantemente inconstitucionais. Não só porque foi criado por medida provisória editada sem qualquer “relevância e urgência”, ao arrepio, destarte, dos pressupostos autorizadores daquela espécie legislativa pelo art. 62 da Constituição Federal, mas também porque aqueles bens materiais ficaram, sem qualquer justificativa legítima, carentes de tutela jurisdicional coletiva.

O autor traz à tona uma discussão pertinente muito interessante, rodeando a constitucionalidade tanto formal, quanto material do ato que diminuiu os meios de defesa do contribuinte frente à voracidade do fisco. E são estes argumentos, entre outros como a natureza da relação existente entre os contribuintes ser ou não individual homogênea como entende o STF e o STJ, que serão analisados como argumentos favoráveis à posição do professor Scarpinella e que vão compor o trabalho como um todo, restando o foco voltado inteiramente para o a primeira parte do dispositivo, a que fala sobre as causas que versem sobre tributos.

3 O BEM JURÍDICO TRIBUTÁRIO

É evidente a importância para a sociedade pertencente a uma nação, que adota o modelo econômico capitalista como o Brasil, o pagamento de tributos para suprir as necessidades estatais e fornecer condições financeiras para que a União, estados e municípios possam manter e investir em um cenário que propicie uma qualidade de vida suficientemente digna para a população.

Serviços públicos de saúde, transporte, segurança e educação dependem de capital. A sociedade precisa do Estado que precisa do tributo, entretanto, esta relação, embora fundamental, pouco tem harmonia na esmagadora maioria das civilizações humanas como um todo, e na República Federativa do Brasil, o cenário não é diferente.

A relação entre o poder e o tributo é explícita, desde os primórdios da civilização humana o tributo é uma forma de controle da classe social dominante sobre a classe social dominada. Quem observa o mundo globalizado e, em sua relevante parcela, democratizado do século XXI pode, em um primeiro momento, duvidar de tal assertiva. No entanto, uma simples e superficial análise do Homem Antigo já é o suficiente para se provar a primeira oração deste parágrafo.

O apontamento acima é a primeira parte da maioria das obras consagradas envolvendo o direito tributário e é dessa forma que o professor Ives Gandra da Silva Martins inicia sua genial obra “Uma Teoria do Tributo” (2005, p. 50):

É, portanto, o tributo, o elemento mais relevante para o exercício do poder. Em todos os tempos, o tributo serviu para sustentar seus detentores, não havendo poder sem tributo, ou tributo sem poder. O tributo pode ser da mais variada espécie, desde aquela primitiva “in natura”, ao dos tempos modernos, ou seja, em espécie, em moeda circulante ou escritural. (...) Mesmo que as Constituições modernas declarem que todos os homens são iguais e cabe ao Poder servir à sociedade, a prática – diagnosticada pela história -, tem demonstrado que é sociedade que serve aos governantes. Estes mantêm os mesmos vícios que nos tempos pré-históricos ou dos senhores feudais (...) hoje, a teoria do domínio é mais sofisticada e o tributo exigido para sustentar seres da elite governamental, mais alcandorado, em nobres e quase nunca realizados ideais.

O que o trecho, e parte de obra como um todo, embasam é justamente o citado no início do capítulo, muito embora o brasileiro viva em um Estado Democrático de Direito, ele vive em um Estado Democrático de Direito governando por pessoas que, mesmo que de maneira inconsciente, o fazem em seu próprio

benefício. Fazer tais afirmações pode parecer cansativo e até um tanto quanto óbvio dado o atual cenário político econômico do país, e da comunidade internacional como um todo, no entanto, outro grande culpado das más políticas e da grande carga tributária é a famigerada e difundida imperícia de grande parte dos governos, e “poderes”, espelhados pelo planeta.

Qualquer cidadão brasileiro que saia para dar uma volta em sua cidade se depara, quase que instantaneamente, com a sensação de que o dinheiro público está sendo gasto de maneira equivocada. É comum encontrar hospitais recém-construídos com poucos leitos, maquinário e mão-de-obra, funcionando apenas em partes ou até mesmo completamente abandonados.

“Elefantes brancos” são elementos comuns, como o estádio de futebol Arena da Amazônia que encerrou seus acabamentos apenas após o final da Copa do Mundo Fifa de 2014, competição para o qual foi construído e utilizado, são capazes de causar prejuízos astronômicos, o estádio após a competição arrecadou 2,5 milhões de reais e teve um custo de manutenção de 6 milhões, conforme matéria escrita por Adneison Severiano (2015, S.p) no site g1.com.br.

Estes fatos também são tratados pelo professor Hugo de Britto Machado logo no início de uma de suas obras (2010, p. 30):

Por outro lado, o Estado é perdulário. Gasta muito, e ao fazê-lo privilegia uns poucos, em detrimento da maioria, pois não investe nos serviços públicos essenciais dos quais esta carece, tais como educação, segurança e saúde. Assim, mesmo sem qualquer comparação com a carga tributária de outros países, é possível afirmar-se que a nossa é exageradamente elevada, posto que o Estado praticamente nada nos oferece em termos de serviços públicos.

Como já evidenciam estes dois autores de renome citados no trabalho, os problemas inerentes ao poder de tributar estão mais do que presentes, e evidentes, na sociedade brasileira. Nada mais justo seria o ordenamento jurídico, como forma de combater uma infecção que surge em um organismo, oferecesse as “armas” necessárias para que o contribuinte possa conter o abuso do fisco, mas esta, infelizmente é uma realidade ainda por vir no Direito Tributário Brasileiro, que, ao invés de criar, retira tais meios de defesa das mãos da coletividade, como no caso da Ação Civil Pública.

3.1 Conceitos e Princípios do Tributo

Embora este não seja o foco do trabalho científico em tela, é mister tratar de conceitos e os principais princípios da matéria de maneira célere, apenas a fim de que seja desenhado o contexto para a análise dos motivos que levaram à extinção da Ação Civil Pública em matéria tributária, e assim poder tecer críticas e apontar a eminente solução para o problema.

A previsão legal que conceitua o tributo se encontra no artigo 3º do Código Tributário Nacional e está disposto da seguinte forma:

Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

A fim de destrinchar tal definição legal, e evitar divagações doutrinárias diversas, é interessante citar no trabalho trechos da obra supracitada do professor Hugo de Britto Machado (2010, p. 62), onde o autor realiza com esmero esta tarefa:

- a) Toda *prestação pecuniária*. Cuida-se de prestação tendente a assegurar ao Estado os meios financeiros de que necessita para a consecução de seus objetivos, por isto que é de natureza pecuniária. (...)
- b) *Compulsória*. (...) Embora todas as prestações jurídicas sejam, em princípio, obrigatórias, a compulsoriedade da prestação tributária caracteriza-se pela ausência do elemento *vontade* no suporte fático da incidência de norma de tributação. O dever de pagar tributo nasce independentemente de vontade.

O tributo, como descrito pelo legislador e tratado pelo autor do livro acima, é uma prestação pecuniária, isto é, assecuratória de fundos financeiros para o Estado; compulsória, pois o contribuinte não possui *vontade* sobre o suporte fático de incidência da tributação, talvez apenas de modo indireto, por meio do voto, na criação das normas. Nota-se que o mesmo fica a mercê da administração pública quando o assunto é a criação de impostos e flutuação de taxas.

Não pode a cobrança decorrer de ato ilícito, portanto é vedada no ordenamento jurídico nacional qualquer forma de “tributo-pena” propriamente dito, muito embora seja possível a cobrança de IPTU de um imóvel onde funciona um ponto de venda de drogas ilícitas, pois o tributo incide sobre bem lícito imóvel e não

sobre a atividade exercida no local. É o que ensina Hugo de Britto Machado (2010, p. 64):

Quando se diz que o tributo não constitui sanção de ato ilícito, isto quer dizer que a lei não pode incluir na *hipótese de incidência* tributária o elemento ilicitude. Não pode estabelecer como necessária e suficiente à ocorrência da obrigação de pagar um tributo uma situação que não seja lícita. Se o faz, não está instituindo um tributo, mas uma penalidade. Todavia, um *fato gerador* de tributo pode ocorrer em circunstâncias ilícitas, mas essas circunstâncias são estranhas à hipótese de incidência do tributo, e por isso mesmo irrelevantes do ponto de vista tributário.

O tributo ainda deve ser previsto em lei, e cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada, isto é, a administração deve seguir a norma à risca, não obstante qualquer campo de indeterminação normativa.

Luciano Amaro (2006, p. 246) trata esta obrigação como *ex-lege*, como ele mesmo explica:

O nascimento da obrigação tributária independe de manifestação de vontade do sujeito passivo dirigida a sua criação. Vale dizer, não se requer que o sujeito passivo queira obrigar-se; o vínculo obrigacional tributário abstrai a vontade e até o conhecimento do obrigado: ainda que o devedor ignore ter nascido a obrigação tributária, esta o vincula e o submete ao cumprimento da prestação que corresponda ao seu objeto. Por isso, a obrigação tributária diz-se *ex lege*. Do mesmo modo, a obrigação de votar, de servir às Forças Armadas, de servir como jurado, entre outras, são obrigações *ex lege*, que dispensam, para seu aperfeiçoamento, o concurso da vontade do obrigado.

É por conta desta necessidade de previsão legal, mesmo que independente de qualquer manifestação de vontade dos sujeitos ativos da relação tributária, que se convencionou o princípio da legalidade, princípio constitucional do Direito Tributário pelo qual o Estado, por meio do Poder Legislativo, assegura em seu poder a tributação, ainda que dependa de uma realidade fática propícia para exercer tal comando. Isto cria uma “reserva de lei”. É o que ordena a Constituição Federal em seu artigo 150, inciso I, seguido pela previsão dos princípios da anterioridade e da igualdade em seus incisos seguintes, II e III:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação

profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

(...)

O princípio constitucional da legalidade tributária e a consequente tipicidade são advindos, em suas bases, de ideias clássicas de Platão, a legislação seria como o mundo das ideias, metafísico, perfeito e abstrato, e o mundo dos fatos como o mundo visível, real, o fundo da caverna onde são projetadas as sombras como no “mito da caverna”. Tal pensamento passou por uma evolução filosófica e hermenêutica, que em um primeiro momento pode causar estranheza ao leitor, tendo em vista sua base avessa a interpretações e quase matemática, mas que levou o direito tributário até as presentes vertentes jusnaturalistas, positivistas e normativistas atuais, conforme bem descrito por Felipe Faria de Oliveira em sua obra “Direito Tributário e Direitos Fundamentais (2010, p.6 e ss.).

Júlio M. de Oliveira (2005, p.779) aduz que, apesar de o modelo tributário nacional deslocar-se para algo não democrático, o sistema tributário brasileiro foi construído com base em uma carta política superlativa e adequado a um Estado moderno nos moldes definidos por pensadores como Aristóteles e J.J Rousseau, que sempre deram importância para o embate cidadão – Estado e formaram os pilares da evolução do Poder do Estado e dos direitos das pessoas, e, conseqüentemente, da legalidade. A ideia central é assegurar o contribuinte contra arbitrariedades descabidas do Estado e construir um cenário previsível para a aplicação do Direito Tributário.

Eduardo Sabbag descreve a previsão legal do tributo de maneira simples (2009, p.64), apenas como sendo seu nascimento a realização do fato descrito na hipótese de incidência prevista em lei, não sendo levadas em conta as vontades das partes. A legalidade para ele avoca o caráter pecuniário do tributo e sua compulsoriedade, sendo atributos dela decorrentes.

Já Sacha Calmon Navarro Coêlho entende que a natureza pecuniária da prestação é o que diferencia o tributo de outros deveres legais, e aborda a estrutura da obrigação da seguinte forma (2000, p. 132):

(...) tem sido dito e repetido que o conceito de tributo reside exclusivamente na sua hipótese de incidência. Desde que essa hipótese seja um *fato lícito, previsto em lei unilateralmente*, que não seja sanção de ato ilícito, estaremos em face de um “fato gerador” de tributo.

Tal assertiva não é verdadeira por inteiro. É necessário que a *consequência jurídica desse fato* configure uma relação jurídica obrigacional entre credor e devedor, pecuniária, administrativamente aplicada, para que se forme, em plenitude, a *figura do tributo*.

Em sua visão, não basta que o tributo seja apenas legalmente previsto, além de um fato gerador lícito, previsto em lei unilateralmente, não sendo sanção, é preciso ainda que a consequência jurídica deste fato configure uma relação jurídica obrigacional entre credor e devedor.

Há ainda quem traga à tona o princípio da segurança jurídica, que emana diretamente da legalidade, segundo as palavras de Eusebio González e Teresa González Martínez (2010, p. 17):

Desde sempre, o reconhecimento do princípio da segurança jurídica, entre “os direitos naturais e imprescritíveis do homem” por parte da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, teve como conseqüente lógica conectar seu estudo ao nascimento do Estado Liberal de Direito e, como decorrência, ao conjunto de princípios filosóficos, políticos e econômicos, que conformam tal concepção de Estado, com base no movimento iluminista. Entre tais princípios, vale destacar, do ponto de vista jurídico, o relevante papel que se concede à lei (tanto em sua concepção de vontade geral, como de razão ordenadora), como instrumento garantidor de um tratamento igual (objetivo) de todos perante a lei, diante das frequentes arbitrariedades e abusos do antigo regime. O que equivale a afirmar, desde um ponto de vista positivo, a importância da lei, como veículo gerador de certeza (aspecto positivo do princípio da segurança jurídica); e, de um ponto de vista negativo, o papel da lei, como mecanismo de defesa perante as possíveis arbitrariedades dos órgãos do Estado (aspecto negativo do princípio da segurança jurídica). É daí, pois que se infere a íntima relação existente entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica.

É como se a segurança jurídica fosse uma faceta negativa do princípio da legalidade. Um desdobramento lógico e indissociável do ponto de vista teórico, mas que, com a atual crise de representação que a sociedade brasileira passa por conta das atitudes incongruentes da classe política, não anda sendo tão efetiva na prática.

Sem entrar em pormenores para fins didáticos e de delimitação do objeto em estudo, deixa-se claro que ainda é possível que certos tributos possuam alíquotas cabíveis de serem alteradas por ato discricionário do Poder Executivo,

como o IPI e o IOF por exemplo. Tais previsões se encontram no artigo 153, §4º, IV e no artigo 177, §4º, I, b, ambos da CF.

O professor Roque Antônio Carraza (2009, p. 513) evidencia o princípio da legalidade como competência tributária:

Competência tributária é a aptidão para criar, *in abstracto*, tributos. No Brasil, por injunção do princípio da legalidade, os tributos são criados, *in abstracto*, por meio de lei (art.150, I, da C.F), que deve descrever todos os *elementos essenciais* da norma jurídica tributária. (...) Tal lei é, no mais das vezes, (...) *ordinária*. Dizemos *no mais das vezes* porque, com a nova Carta Suprema, os *empréstimos compulsórios* (indubitavelmente tributos federais) e os *impostos da competência residual da União* devem ser criados ou aumentados por intermédio de *lei complementar*.

Complementa a mesma ideia o professor Hugo de Britto M. (2010, p.66) ao afirmar que tal princípio não comporta qualquer exceção, as ressalvas da regra constitucional apenas dizem respeito à majoração do tributo, não à sua instituição. O que, embora seja necessário para desburocratizar o sistema tributário, não blindava completamente o contribuinte de abusos de uma possível majoração abusiva inesperada, o que, na prática, cria a demanda por instrumentos de defesa ao contribuinte.

Ainda que este sistema exista para blindar a população da discricionariedade de um Poder Executivo onipotente, transferindo para o Legislativo, que em tese têm mais representantes e, portanto, maior variedade de grupos representados, o direito de instituir tributos. Criando uma ideia de autotributação que não é ao todo verdadeira.

Sobre o tema, Sacha Calmon Navarro Coêlho (2004, p. 69):

Fim primeiro lugar, verifica-se que várias são as *personas políticas* exercentes do poder de tributar e, pois, titulares de competências impositivas: a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios. Entre eles será repartido o poder de tributar. Todos recebem diretamente da Constituição, expressão da vontade geral, as suas respectivas parcelas de competência e, exercendo-as, obtêm as receitas necessárias à consecução dos fins institucionais em função dos quais existem (discriminação de rendas tributárias). O poder de tributar originariamente *uno* por vontade do povo (Estado Democrático de Direito) é dividido entre as *personas políticas* que formam a Federação.

É óbvia a influência direta de interesses alheios à maioria dos representados na política, Luciana Grassano de Gouvêa Mélo discute diretamente

esta crise de representação em seu artigo “Princípio da Legalidade Tributária” (2009, p. 297):

Num contexto de transformações, a lei não é mais garantia de um Direito Tributário justo, em especial face ao “actual carácter corporativo de uma parte significativa das leis através das quais os grupos activos (ou mais activos) dão expressão aos seus interesses, canalizando-os para o processo legislativo mediante as mais diversificadas e sofisticadas práticas de lobbying junto dos parlamentares”.

O inciso II deste dispositivo prevê o Princípio da Igualdade Tributária, que proíbe que se institua tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida.

O texto legal, em um primeiro momento, parece trazer uma norma simples e de fácil interpretação, mas na prática o tratamento dado pelo Estado, e o esperado pelo contribuinte, é ambíguo. O que seria uma a igualdade justa?

O Estado muitas vezes justifica sua desídia fiscalizatória como fruto da vedação de dar especial tratamento a uma classe social ou aos ocupantes de altos cargos públicos, por exemplo, enquanto o contribuinte alega ter um “caso especial” em que a regra geral não seria aplicável à sua pessoa.

Tal questão foi baseada, e é brilhantemente tratada, na obra Humberto Ávila em seu livro, “Teoria da Igualdade Tributária (2015, p. 42):

Os sujeitos, porém, são sempre comparados por algum motivo. Não se compara por comparar; compara-se por algum motivo. Sempre que se fala em igualdade, di-lo acertadamente Carraza, pergunta-se “igualdade em que? Igualdade sob que perspectiva e como?. E é precisamente em razão disso que se pode verificar se a medida de comparação está correta. A cor da camisa pode ser relevante quando a comparação serve a algum propósito (entrar em campo para fazer parte de um time de futebol), e completamente irrelevante quando serve a outro propósito(...).

Para Humberto Ávila, em trecho logo após o citado, “a relevância da propriedade escolhida está justamente na *relação de pertinência* ou *vínculo de correlação lógica* que ela deve manter com a finalidade que justifica a comparação.” Sendo assim, por mais que a norma demande um padrão de tratamento, um modelo praticamente matemático, a realidade do mundo impede que a igualdade seja analisada desta maneira nos moldes do previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2002 , p. 45):

O que se encarece, neste passo, é que a isonomia se consagra como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais. Praeterlegem, a presunção genérica e absoluta é a da igualdade, porque o texto da Constituição o impõe. Editada a lei, aí sim, surgem as distinções (que possam se compatibilizar com o princípio máximo) por ela formuladas em consideração à diversidade das situações. Bem por isso, é preciso que se trate de desequiparação querida, desejada pela lei, ou ao menos, pela conjugação harmônica das leis. Daí, o haver-se afirmado que discriminações que decorram de circunstâncias fortuitas, incidentais, conquanto correlacionadas com o tempo ou a época da norma legal, não autorizam a se pretender que a lei almejou desigualar situações e categorias de indivíduos. E se este intento não foi professado inequivocamente pela lei, embora de modo implícito, é intolerável, injurídica e inconstitucional qualquer desequiparação que se pretenda fazer.

Acontece como já afirmado, que estas desigualdades infelizmente decorrem da própria existência do Estado, e são frequentes. Qualquer problema econômico enfrentado pelo país hoje é tratado como necessidade para a criação de novos tributos, que, tanto pela urgência que enseja sua criação, quanto pelos interesses da classe política nacional, acabam infringindo diretamente a presunção genérica.

Cabe, no cenário atual, ao fiscal e ao aplicador do direito saber distinguir o momento exato para dobrar a regra e tentar garantir a igualdade de direito pelo uso do Judiciário, o que dá vazão para os exemplos trazidos por Ávila. O que na prática é algo extremamente ruim, tanto para o cidadão, quanto para seu advogado e o juízo. Um sistema jurídico perfeito seria totalmente previsível e de fácil aplicação... mais um exemplo de que o cidadão precisa de proteção legal e jurídica.

Sobre o princípio da anterioridade destaca-se o inciso III do mesmo artigo, que veda a chamada surpresa tributária, sobre o assunto trata o professor Carrazza (2010, p. 208):

Em suma, não é constitucional criar tributo para ser cobrado no mesmo exercício financeiro. Também não é constitucional aumentá-lo, cobrando-o, majorado, no mesmo exercício. Tais práticas instalariam a surpresa tributária, que e a moral administrativa condena e a Lei Maior proibe.

A anterioridade devidamente aplicada impede abusos e permite um planejamento antecipado à pessoa que deverá o tributo. Sua aplicação aproxima o sistema tributário da deficitária previsibilidade que a situação atual do princípio descrito no inciso anterior.

O professor Hugo de Britto Machado diferencia este princípio do da *anualidade* da seguinte forma (2010, p. 42) “não basta haver sido o tributo instituído por lei. É preciso que, anualmente, tenham os representantes do povo conhecimento do emprego que o governo pretende fazer dos recursos arrecadados mediante os tributos.”. Neste segundo há uma análise anual da proposta orçamentária do governo, o preceito analisado apenas prevê necessidade de prévia estipulação da cobrança. No entanto, este não existe mais no ordenamento jurídico pátrio, aplicando-se apenas a anterioridade.

Assim, conclui-se o conceito legal de tributo, que não se encontra livre de críticas e interpretações arrojadas espalhadas em doutrina variada, mas foi analisado de maneira pura e simples para servir apenas como parâmetro para a análise de sua natureza jurídica e o cabimento da Ação Civil Pública que tenha como objeto a sua figura.

3.2 Direito Difuso, Coletivo ou Individual Homogêneo?

É neste momento que o trabalho em tela busca analisar a obrigação tributária em consonância com os direitos metaindividuais tratados pela Ação Civil Pública, e expostos no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.

A figura do contribuinte é multifacetada. Não há, de forma alguma, uma única definição para todas as espécies de tributos cobrados e todos os tipos de contribuintes no cenário nacional. Por isso, serão comparadas as posições ocupadas pelo contribuinte (sujeito passivo) *direto*, e pelo *indireto*, que pode ser chamado de *responsável* (MACHADO, 2010, p.149), suas relações com a figura do consumidor e, por consequência, seu lugar na classificação do artigo 81 da lei 8.078 de 1990, a fim de encontrar uma classificação para o direito do qual o cidadão pagador de tributos é titular.

Primeiramente, é certo que o direito do contribuinte tem natureza metaindividual. Independentemente da análise jurisprudencial e doutrinária atual no Brasil, o operador do direito que encara a figura dos contribuintes na relação cidadão-Estado de maneira simples e objetiva se depara com cinco características: a) várias são as pessoas atingidas pela incidência de um tributo, ou seja, a previsão legal é a mesma para todo o território nacional; b) não há tributo exclusivo para uma

única pessoa ou empresa (vide princípio da igualdade); c) é possível delimitar pela própria previsão legal quem é atingido pela norma que cria a obrigação de contribuição com o fisco (vide princípio da legalidade); d) um tributo abusivo por conta de seu texto e decorrente interpretação legal, seja porque é cobrado indevidamente de certo grupo de pessoas, ou com um valor excessivamente alto, ou ainda pautado em índices de cotação incoerentes, sempre irá atingir mais de uma pessoa; e) é de natureza diversa a relação que liga o contribuinte à obrigação de contribuir.

Assim, temos, em um primeiro momento que o direito do contribuinte é: direito transindividual, que tem por titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por relação diversa.

Então, pergunta-se o leitor atento, de que tipo seria relação, ou as relações, que ligam o contribuinte ao fisco?

Há mais de uma maneira de se olhar para a pessoa física ou jurídica pagadora de impostos, o professor Hugo de Britto Machado trata da definição, prevista em lei no artigo 121 do CTN, e a diferenciação do sujeito passivo tributário da seguinte maneira (2010, p. 150):

O sujeito passivo *direto* (ou contribuinte) é aquele que tem relação de *fato* com o fato tributável, que é na verdade uma forma de manifestação de sua capacidade contributiva. Assim, no imposto sobre a renda, o sujeito passivo *direito* é aquele que aufera a renda.

(...) a lei pode atribuir o dever de pagar o tributo a outra pessoa, que não tem relação *de fato* com o fato tributável, eliminando, ou não, esse dever do contribuinte. Surge, neste caso, o sujeito passivo indireto. O sujeito passivo *indireto* é aquele que, sem ter relação direta *de fato* com o fato tributável, está, por força da lei, obrigado ao pagamento do tributo.

Pois bem, existem tributos que são cobrados mediante uma relação de *fato* entre o contribuinte e a situação que gera, e existem tributos que são cobrados por *força exclusivamente emanada de lei* (CTN, artigo 45, parágrafo único), isto é, não há exclusivamente uma ligação por relação fática, mas sim uma relação jurídica entre o sujeito passivo (devedor) e o ativo (Estado).

Como tributo direto há o exemplo do imposto de renda, a pessoa física que recebe acima de uma quantia determinada de salário fica diretamente obrigada a pagar imposto de renda. A lei prevê o fato que gerou o imposto, receber salário acima de uma determinada quantia, está diretamente ligado ao dever de prestar contribuição pecuniária ao Estado. Já para o indireto, há a existência do IPI e do

ICMS, ambos, por lei, não são devidos pelo consumidor, entretanto, por eles são suportados devido à sua situação de *consumidor*.

A conclusão tirada de tais conceitos é a de que o contribuinte direto está ligado ao sujeito ativo da relação tributária por uma lei, logo há uma **relação jurídica base**. E a de que o contribuinte (ou responsável) indireto conecta-se com seu sujeito ativo por uma **relação de fato**.

Sendo assim, aplicando tais conclusões na definição trazida acima, obtêm-se as seguintes conclusões:

a) O direito do contribuinte *direto* é um direito transindividual, que tem por titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas com a parte contrária por uma **relação jurídica base**.

b) O direito do contribuinte *indireto* direito transindividual, que tem por titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas com a parte contrária por uma **relação de fato**.

Logo, utilizando como base a definição legal e doutrinária já abordada nesta monografia:

a) O direito do contribuinte direto é coletivo.

b) O direito do contribuinte indireto é individual homogêneo.

Esta simples e rápida análise por si só já é o suficiente para se desconstruir boa parte da jurisprudência consolidada acerca do assunto, como por exemplo, o seguinte julgado (2003, S.p):

DIREITO PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM - MINISTÉRIO PÚBLICO - INSTITUIÇÃO E COBRANÇA DE TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA PELO MUNICÍPIO - NÃO SE EQUIPARAM CONTRIBUINTE E CONSUMIDOR - VIA ESPECIALÍSSIMA QUE NÃO SE PRESTA A DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DISPONÍVEIS, NEM É ALTERNATIVA À AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE - DECISÃO REFORMADA PARA RECONHECER A CARÊNCIA DE AÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PRECEDENTES DAS CORTES SUPERIORES - REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. "Impossibilidade do uso da ação civil pública para substituir ação direta de inconstitucionalidade. A unidade do direito substantivo é estabelecida na Constituição. Admitida a ação civil pública para impedir a cobrança de tributo, taxado de inconstitucional, possibilitaria a prolação de sentenças contraditórias com efeitos erga omnes, o que é absurdo. A legitimidade do Ministério Público é para cuidar de interesses sociais difusos ou coletivos. Não tem ele legitimidade para promover ação civil pública na defesa de contribuintes, cujo conceito não se confunde com o de consumidores." (STJ - REsp. 233664/MG) "

(TJ-PR - REEX: 2080520 PR Reexame Necessário - 0208052-0, Relator: Anny Mary Kuss, Data de Julgamento: 17/06/2003, Sexta Câmara Cível (extinto TA), Data de Publicação: 01/08/2003 DJ: 6424)

Entra-se então na discussão sobre a criação de sentenças contraditórias com efeitos *erga omnes*. O cenário trazido pelo juízo acima parece muito mais justo e seguro do que o atual que conta com a necessidade de várias sentenças para apaziguar a situação dos injustamente cobrados, com uma brecha muito maior para decisões contraditórias. Possibilitar à coletividade acionar o Poder Judiciário justamente combate a proliferação destes julgados contrários, pois, calculada a extensão do dano causado por determinado tributo direto, com apenas uma sentença ficam sanadas todas as possíveis demandas que surgiriam deste infortúnio. Extirpando assim, de uma só vez, todos os males causados pela cobrança indevida com apenas uma ação coletiva. Ademais, não é difícil perceber que os juízes de primeiro grau tem o poder de julgar a constitucionalidade de normas por meio do controle difuso a todo o momento, e claramente, esta não é uma justificativa à altura da solução que a Ação Civil Pública traria para tal situação.

Esta e outras decisões, afirmam nada ter a ver a relação de consumo com a do contribuinte, o que não é tão simples de se afirmar sem uma devida fundamentação lógica como apontará o próximo tópico deste capítulo, porém, não obstante esta afirmação faz-se também a seguinte interpretação: se o Ministério Público só possui legitimidade para atuar em direitos difusos e coletivos, fora o direito individual homogêneo do consumidor, conforme a decisão, ele está apto para atuar em matéria de direito do contribuinte direto, pois este é englobado pela legitimidade de atuação do órgão, como a própria fundamentação da sentença aponta. E mais, o rol de legitimados a propor a Ação Civil Pública, do artigo 5º da lei que a apresenta, possui mais de dez espécies destes, sendo o Ministério Público apenas um deles. Se apenas o MP não pode atuar em ações que abordem direito individual homogêneo, por que a vedação do legal abrange a todos os legitimados?

A inconsistência lógica paradoxal é clara, mesmo relevando o início da fundamentação apresentada pelo juízo do STJ, percebe-se a falta cometida na argumentação que embasa a decisão, o que leva a crer que a jurisprudência circundante ao tema é dotada de protecionismo. Protecionismo talvez voltado para o volume de serviço nos tribunais ou ao Estado arrecadador que cada vez mais

aumenta as taxas existentes e cria novos impostos, em detrimento da classe cidadã, onde estão os contribuintes.

3.3 A Figura do Consumidor

A jurisprudência majoritária concernente ao tema da monografia insiste em afirmar que a relação tributária em nada tem a ver com a de consumo, que consumidor e contribuinte são figuras distintas e por isso não podem ser equiparadas no mundo jurídico. A análise mais acertada para o assunto é a mais simples, tendo em vista que um longo debate sobre o tema apenas cansaria o leitor e tornaria a absorção da opinião do autor mais complicada e talvez indigesta. Por isso, serão tratados conceitos universais e estes vão ser interpretados no texto de maneira a formar uma convicção aplicada ao uso de Ação Civil Pública em causas tributárias.

É impreterível iniciar este tópico apresentando o conceito legal de consumidor trazido no início do CDC:

Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Então, consumidor é, toda pessoa física ou jurídica (*stricto sensu*), ou coletividade (consumidor equiparado) de pessoas que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. A previsão legal é básica e resume a figura do consumidor de maneira muito breve e pouco detalhista, mas muitas vezes o que parece simples pode tornar a vida do intérprete do direito um tanto quanto complicada. Primeiramente, ao ler o artigo, há que se firmar o que o legislador quis dizer com o uso do adjetivo pronominal indefinido *toda* e o que seria um *destinatário final*.

Após se deparar com o texto legal a doutrina se dividiu em dois grupos, os *finalistas* e os *maximalistas*, a primeira corrente busca estabelecer quem é de fato o consumidor e propõe que se interprete o termo *destinatário final* de maneira restrita, como apontam os artigos 4º e 5º do CDC e a segunda entende que o códex do consumidor foi criado para regular as relações de consumo como um todo dentro

do território nacional, e não apenas do indivíduo que, em posição de clara desvantagem por suas características, adquire ou utiliza produto para fins não-profissionais de consumo.

Como a jurisprudência do STF e a autora Cláudia Lima Marques, em sua obra “Contratos no Código de Defesa do Consumidor”, concorda este trabalho (2002, p. 279):

(...) concordamos com a interpretação finalista das normas do CDC. A regra do art. 2º deve ser interpretada de acordo com o sistema de *tutela especial* do Código e conforme a *finalidade* da norma, a qual vem determinada de maneira clara pelo art. 4º do CDC. Só uma interpretação teleológica da norma do art.2º permitirá definir quem são os consumidores no sistema do CDC. (...) Trata-se de um sistema tutelar que prevê exceções em seu campo de aplicação sempre que a pessoa física ou jurídica preencher as qualidades objetivas de seu conceito e as qualidades subjetivas (vulnerabilidade), mesmo que não preencha a de destinatário final econômico do produto ou serviço.

O destinatário final é o *Endverbraucher*, o consumidor final, o que retira o bem do mercado *ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático)*, aquele que coloca um fim na cadeia de produção (*destinatário final econômico*) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor final, ele está transformando o bem, utilizando o bem para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor.

Como bem descreve a autora no trecho, a pessoa deve ser tratada como consumidor quando esta se encaixar na descrição legal e na lógica de hipossuficiência na relação que gerou a aquisição ou utilização do bem ou serviço, bem como resume Werson Rêgo (2002, p. 18) “aquele que adquire um produto ou utiliza um serviço para suprimento de **suas próprias necessidades** e não para o desenvolvimento de outra atividade negocial (...)”.

A tarefa de aproximar a figura do contribuinte à do consumidor parece complexa, e o é, tendo em vista que os tributos, de um modo geral, são aplicáveis tanto a pessoas que praticam atividades profissionais e as que não. Mas, partindo o conceito de tributo em suas três manifestações é possível ver alguma lógica em tal aproximação.

O tributo no ordenamento jurídico brasileiro é cobrado por meio de cinco espécies que estão localizadas nos artigos 145, 146 e 149 da Constituição Federal, são elas: os impostos, um tributo não vinculado; as taxas, as contribuições de melhoria, os empréstimos compulsórios e as contribuições sociais, que são tributos com finalidade vinculada. O trabalho irá se ater às formas do 145, que são as mais comparáveis à situação pretendida.

O imposto é descrito no artigo 16 do CTN: “Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”. Essa forma de cobrança de tributos não possui atividade estatal específica designada para sua cobrança, isto é, não há uma finalidade vinculada, uma atividade ou setor previamente conhecido e escolhido como destino final do dinheiro recolhido a título de imposto. Conclui-se então que a relação entre o consumidor que contrata um serviço e o contribuinte de uma maneira geral é um tanto quanto afastada, o consumidor paga certa quantia por certo serviço, o bom pagador de impostos paga certa quantia por serviços estatais de maneira ampla, não há uma contraprestação designada à quantia despendida pelo contribuinte, além de este poder ser pessoa jurídica destinada à atividade profissional, por exemplo.

Há uma decisão judicial publicada no sentido de que é possível a aproximação entre o pagador de impostos e o consumidor, e está exposta no artigo de Daniel Rebello Baitello (2012, S.p):

Enxergando esse abuso, em sentença prolatada nos Embargos de Execução nº 62.935/2000, o Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Ijuí – RS decidiu que o contribuinte está para o Estado, assim como o consumidor está para o fornecedor, aplicando o Código de Defesa do Consumidor nas relações jurídico-tributárias:

O caso dos presentes embargos se trata de empresa familiar, voltada à comunidade e seus funcionários, que com o excesso de tributos viu-se obrigada a cada dia reduzir suas instalações, estando à beira de falir completamente. Assim estão inúmeras empresas por este Estado. A solução cabe ao próprio Estado-Fisco. Para dar uma hipótese de solução a esta questão grave de inadimplência tributária, minha tese é de que não se pode deixar de analisar a relação contribuinte/Estado-Fisco como uma relação de consumo, já que o contribuinte está para o Estado, assim como os consumidores estão para os fornecedores. O contribuinte é um consumidor daquilo que o Estado-Administração coloca à disposição para sua utilização. Dessa forma, o Estado-Administração é um FORNECEDOR e o contribuinte é um CONSUMIDOR. Sendo o Estado-Fisco integrante do Estado-Administração, forçosamente o Estado-Fisco é um fornecedor. Assim, entendo estar caracterizada a relação de consumo, devendo incidir o Código de Defesa do Consumidor também nas relações dos contribuintes com o Estado, a fim de garantir a defesa dos interesses dos consumidores, todos eles contribuintes do Estado. (...)

A Sentença transcrita foi prolatada no feito em que Sabo Magazine Ltda. ajuizou Embargos contra Execução Fiscal movida pelo Estado do Rio Grande do Sul que cobra da empresa valores relativos a ICMS não recolhido.

A análise realizada pelo magistrado do Rio Grande do Sul, embora tenha sido feita de maneira breve, traduz a ideia de que o Estado é fornecedor de serviços e o contribuinte é consumidor destes serviços, e como já fora mencionado tal interpretação é problemática. Imaginar o cenário das relações de consumo como o juízo fez na sentença em tela vai de encontro ao disposto na interpretação finalista das normas do CDC. A relação consumidor-fornecedor não pode ser configurada todas as vezes que alguém simplesmente consumir algo fornecido por outrem ou todas as relações comerciais existentes estariam regulamentadas pelo código do consumidor e este revogaria toda e qualquer norma que disponha sobre o assunto, o que não ocorreu e nem poderia ocorrer sem o ônus do caos social.

Então, observa-se se é possível realizar o comparativo almejado pela decisão na figura dos tributos vinculados. A taxa é prevista no artigo 145, inciso II da Constituição Federal e no artigo 77 do Código Tributário Nacional, e da interpretação de tais dispositivos conceitua Hugo de Britto Machado (2010, p. 448) “*Taxa, em síntese, é espécie de tributo cujo fato gerador é o exercício regular do poder de polícia, ou o serviço público, prestado ou posto à disposição do contribuinte*”. Taxa nada mais é que a cobrança de uma prestação realizada pelo Estado, seja serviço público ou poder de polícia, por exemplo, as taxas de coleta de lixo e de pedágio, onde a pessoa paga pela limpeza pública ou manutenção da via. Assim, quem paga uma taxa contrata um serviço público único e divisível a fim de obter um benefício, nas palavras de Tácio Lacerda Gama (2005, p. 647):

A sujeição passiva, por sua vez, cabe ao sujeito que for diretamente beneficiado pela prestação do serviço público ou pelo exercício do poder de polícia. Nesses casos, como a prestação é específica e divisível para o contribuinte, é a ele que competirá o pagamento da prestação tributária. Diversamente do que se passa com os tributos não-vinculados que possuem critérios bem definidos para cálculo de obrigação tributária, as taxas, quase sempre, são exigidas em valores fixos, sem variação compatível com a repercussão econômica do serviço prestado ou do controle exercido.

Seguindo esta espécie de tributo é mais fácil vislumbrar a conexão analisada neste tópico. Assim como o consumidor, o pagador de taxa o faz para receber um benefício, que seria um serviço público “x” ou poder de polícia, embora isso nem sempre seja feito para fins pessoais, é relevante ressaltar que, quando o é, é nula a distinção da posição deste contribuinte com o consumidor e, portanto, imaginável a aplicação do CDC por analogia em casos compatíveis, mas deveras

complexo de ser aplicado na prática, pois exige um forte trabalho interpretativo, que, se não for fundamentado com cuidado, pode ser facilmente derrubado pela própria definição de consumidor apresentada mais acima.

O raciocínio do operador do direito padrão concorda com a lógica majoritária aplicada nos tribunais, e não faz mal em fazê-lo, pois aplicar o CDC em causas tributárias (e por meio dele a Ação Civil Pública) utilizando um juízo de conveniência completamente independente de previsão legal não é uma coesa e nem recomendável forma de dirimir conflitos.

Sobre a outra forma de tributo vinculado, as contribuições de melhorias, embora estejam previstas no artigo 145 da CF, seu conceito deve ser encontrado por meio de uma interpretação conforme o artigo 4º do CTN dos elementos constantes no artigo 81 do mesmo código como bem elucida o professor Hugo de Britto Machado. Por meio de tal raciocínio é que se chega a duas definições do conceito (2010, p. 459) a contribuição de melhoria é um tributo vinculado, cujo fato gerador é a valorização de imóvel do contribuinte, decorrente de ordem pública e por isso é destinado a evitar uma injusta repartição dos benefícios decorrentes de obras públicas.

Esta forma de tributo busca equalizar a situação dos indivíduos beneficiados por uma obra pública que valorizou seus imóveis e por isso pouco tem de similaridade com a relação de consumo. Pode-se afirmar que esta espécie de tributo é uma forma de justiça social e não uma troca de capital por serviço (obras), logo a comparação parece distante.

Sendo assim, a única forma de se pensar em comparar consumidor com contribuinte é no que diz respeito à cobrança de taxa, que, como visto, nada mais é que a cobrança de uma quantia em dinheiro por um serviço público específico. No entanto, por não haver distinção entre quem paga este serviço e por qual finalidade ele é pago, profissional ou não profissional, não há como cravar esta ideia como argumento central em favor da Ação Civil Pública tributária, existe uma afronta direta ao conceito finalista do consumidor, que como apontado, é o mais certo no ordenamento jurídico pátrio.

4 ANÁLISE HERMENÊUTICA E FORMAL DA CONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 1º DA LEI 7.347/85

No derradeiro capítulo, a abordagem da constitucionalidade material do parágrafo único objeto do tema do trabalho é feita pelo uso da hermenêutica constitucional, enquanto a sua análise formal, volta-se para a medida provisória que criou a vedação tratada na monografia. Entretanto, tal análise não é possível sem uma aproximação introdutória ao assunto, que bem se inicia pela seguinte ponderação sobre a Constituição Federal.

4.1 Constituição Federal

Constituição Federal, embora a conceituação e análise do termo tão presente no cotidiano do cidadão atento pareçam banais e, de certa forma, até uma explicação batida para o operador do direito padrão, é algo vital para o bom desenvolvimento de argumentos voltados a analisar de maneira crítica o parágrafo único do artigo 1º, § único da lei 7.347/85.

Por isso, tomemos por base o que o professor Eduardo Cambi (2011, p. 23) entende e expõe de maneira brilhante sobre a Constituição Federal. Para ele, esta deve ser concebida como um sistema de princípios e regras – formais e substanciais – que tem como destinatários os titulares do poder, realizando a separação dos poderes, estabelecendo direitos fundamentais, servindo com um *instrumento limitativo* do poder por ser um contrato social que busca conciliar a *democracia política ou formal* (decorrente do poder público, portanto, indiretamente da maioria) da *democracia substancial* (que limita o alcance dos poderes da maioria, garantindo direitos fundamentais a todos e evitando uma ditadura de massas).

Pois bem, tendo seus destinatários como titulares do poder, a Constituição ao mesmo tempo em que garante e protege também impõe e obriga, porque só assim pode ela ser efetiva para o grupo heterogêneo que é uma sociedade de pessoas. Para isso, a lei maior prevê direitos individuais e direitos coletivos, ferramentas processuais individuais e coletivas (ACP inclusa, como visto no primeiro capítulo), o próprio acesso à justiça como um todo.

A Carta Magna de 1988, como citado no primeiro capítulo do trabalho, surgiu em um momento de afirmação da sociedade brasileira, e por isso possui um

aspecto garantista, junto com princípios que buscam prestar uma tutela jurisdicional célere adequada e efetiva tanto para o indivíduo quanto para uma coletividade de indivíduos. Tanto que a lógica de defesa da coletividade não pode ser desassociada dos direitos fundamentais contidos nela.

Diminuir a abrangência de objetos da Ação Civil Pública é tolher o poder da coletividade, o poder dos destinatários da Constituição Federal, portanto, um desequilíbrio entre a democracia política e a substancial que impede o cumprimento dos princípios contidos nela e gera uma quebra na *lógica interpretativa conforme* da mesma, como será demonstrado no presente ponto do trabalho por meio do uso de conceitos da Hermenêutica e do Neoconstitucionalismo.

4.1.1 Hermenêutica/interpretação constitucional

Como traz o alemão Peter Haberle (1997, p. 13), em obra traduzida por Gilmar Ferreira Mendes:

(...) no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou ficado com *numerusclausus* de intérpretes da Constituição. Interpretação Constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” (...) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte desta sociedade (...). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto pluralista for a sociedade.

Interpretar um texto de tamanha importância como o da Constituição Federal brasileira, embora um direito e dever cívico de todos os membros de uma sociedade aberta como é a tupiniquim, obviamente não é uma tarefa fácil. Centenas de autores dos mais diversos ângulos possíveis se aventuraram em destrinchar a Magna Carta de 1988, seja discutindo, criticando, classificando ou sistematizando os dispositivos e os princípios decorrentes deles a doutrina sempre busca afinar e sintonizar técnicas de interpretação textual e filosófica para melhor entender a profundidade e abrangências dos efeitos de tal lei. Desta necessidade de melhor

compreender o texto diversas técnicas de hermenêutica são empregadas nestes esforços acadêmicos/doutrinários, e este trabalho não divergirá disto.

A discussão envolvendo a conceituação e o comportamento da Constituição na sociedade moderna renderia um livro à parte caso analisada com o cuidado que esta merece. Atualmente, a busca pela compreensão do tema já extrapola os limites do estudo de Direito clássico, estritamente jurídico, adentrando o campo de análise semântica e até psicanalítica do texto constitucional. O livro "A Constitucionalização Simbólica" de Marcelo Neves trata com uma profundidade ímpar de tal tema, como aponta o seguinte excerto (1994, p. 79):

As teorias constitucionais de Müller e Häberle são passíveis de uma abordagem de acordo com a distinção semiótica entre sintática, semântica e pragmática. Em Müller, trata-se das características semânticas da linguagem jurídica, especialmente da linguagem constitucional, a ambiguidade e a vagueza, que exigem um "processo de concretização", não simplesmente um "procedimento de aplicação" conforme regras de subsunção. No caso de Häberle, a questão diz respeito à relação pragmática da linguagem com diversos expectantes e "utentes", o que implica um discurso conflituoso e "ideológico". Os aspectos semânticos e pragmáticos relacionam-se, porém, mutuamente: a ambiguidade e vagueza da linguagem constitucional levam ao surgimento de expectativas normativas diferentes e contraditórias perante os textos normativos; por outro lado, as contradições de interesses e de opiniões entre expectantes e agentes constitucionais fortificam a variabilidade da significação do texto constitucional. Somente sob as condições de uma unidade de interesse e concepção do mundo, as questões constitucionais perderiam sua relevância semântico-pragmática, para se tornarem primariamente questões sintáticas, orientadas pelas regras da dedução lógica e subsunção. Mas uma tal situação é seguramente incompatível com a complexidade da sociedade moderna, especialmente no que diz respeito aos conflitos.

Como demonstrado acima, existem várias teorias sobre o tema, e nenhuma é unanimidade no meio acadêmico. A abordagem completa do tema seria cansativa e demasiado complexa para ser explicada no trabalho sem tirar a objetividade deste, ademais, também extensa é a lista de escolas hermenêuticas constitucionais, e como o objetivo da monografia não é divagar por este penoso caminho, a abordagem dos segmentos teóricos mais compatíveis com o objeto do trabalho será feita de forma direta e sem delongas, deixando o texto mais didático e elucidativo, enquanto se debate a premissa constante no título 2.5 da dissertação.

4.1.2 Técnica de interpretação e máxima eficácia das normas constitucionais

Há que se adotar então uma forma de interpretação para o trabalho, nomeada pela doutrina de *técnica de interpretação*. Lenio Luiz Streck (1999, p. 91) conceitua tais técnicas como instrumentos/mecanismos rigorosos, eficientes e necessários para o alcance do conhecimento científico direto, o que se faz necessário para a obtenção de um veredito acerca da constitucionalidade material do objeto em foco sem delongas.

Entre as formas clássicas, o meio mais adequado para a tarefa parece ser o *hermenêutico concretizador*, que consiste em o intérprete concretizar, a partir da lógica e da argumentação, um sentido à norma que não se percebe à primeira vista. Há a formação de um diálogo entre o intérprete e a norma, denominado de *círculo hermenêutico*, onde os conceitos pré-constituídos de ambos são combinados em busca de uma conclusão adequada. Também aparece interessante se fazer o uso concomitante da *interpretação conforme*, uma técnica interpretativa pertencente ao movimento da Nova Hermenêutica. Quem se utiliza desta técnica procura observar o consenso entre o problema e a Constituição Federal, que é exatamente o que será feito.

No entanto, segundo Paulo Bonavides (2010, p. 496):

Todos os meios interpretativos, segundo a nova escola, podem ser utilizados desde que convenham ao esclarecimento e solução do problema. A abertura metodológica é completa e argumentação persuasiva terá por ponto de apoio essencial o consenso, e por ponto de apoio de partida uma espécie de “compreensão prévia” (*Vorverständnis*), tanto do problema como da Constituição.

Logo, o trabalho irá buscar adotar previamente o meio hermenêutico concretizador em conjunto com a interpretação conforme, mas ficará aberto metodologicamente para alcançar seus fins lógicos sem se ater a meios pré-determinados, pois estes podem se demonstrar restritivos e prejudicar o bom caminhar do raciocínio.

Eis então que se levanta a seguinte questão: Será que o parágrafo único do artigo primeiro da lei da 7.347/85 está de acordo com o que prega a Carta Maior brasileira?

Inicialmente, há que se perceber que a lei em questão é estruturalmente postada em princípios direcionadores, tanto para a criação quanto

para a aplicação de normas. É sabido por todo operador do direito que a Constituição Federal está localizada no pico da pirâmide Kelsiana de hierarquia das normas e, portanto, todas as leis infraconstitucionais devem estar de acordo com o preceituado pela Carta Maior e, conseqüentemente, seus princípios norteadores do direito.

Como bem observa o professor Luís Roberto Barroso (2010, p. 295):

A ordem jurídica é um sistema e, como tal, deve ser dotada de unidade e harmonia. A Constituição é responsável pela *unidade* do sistema, ao passo que a *harmonia* é proporcionada pela prevenção ou pela solução de conflitos normativos. Os diferentes ramos do direito constituem subsistemas fundados em uma lógica interna ou na compatibilidade externa com os demais subsistemas. A Constituição, além de ser um subsistema normativo em si, é também fator de unidade de sistema como um todo, ditando os valores e fins que devem ser observados e promovidos pelo conjunto do ordenamento. (...) interpretam-se todas as normas conforme a Constituição.

Desta característica principal do texto constitucional, tira-se que, a única forma de garantir a interpretação adequada de um dispositivo tendo como base os princípios constitucionais é justamente estender ao máximo o poder e a eficácia destes, fazendo valer o parágrafo 1º, do artigo 5º da Constituição Federal. Essa conclusão alcançada de maneira relativamente simples após a leitura do excerto acima é destrinchada a contento pela melhor doutrina do direito pátrio.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau (2014, p. 84) afirma categoricamente que não se interpreta o direito por tiras. Não se interpretam *textos de direito*, mas o *direito como um todo* marcado por suas *premissas implícitas*. A interpretação do direito, nas palavras do ministro, desenrola-se em três distintos contextos: o linguístico, o sistêmico e o funcional. O linguístico é onde é discernida a *semântica* dos enunciados normativos, mas o significado normativo de cada texto só é detectado quando o intérprete o insere no contexto de *sistema*, para só após, afirmar-se seu *contexto funcional*.

O professor Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 244) conceitua a Carta Constitucional de 1988 como um documento acentuadamente compromissário, plural e comprometido com a transformação da realidade, possuindo forte caráter dirigente. Seu Título dos Direitos e Garantias Fundamentais é atual e amplo e previu a aplicabilidade imediata de tais normas.

Enfim, todos os grandes autores do direito contemporâneo têm algo relevante a debater sobre o tema, e coisas novas e interessantes surgem a todo o

momento na doutrina. Por conta disso, irá se utilizar daquelas que, ao tempo de sua escrita, estavam disponíveis e mais se aproximam do tema proposto.

Sendo assim, faz-se necessário entender primeiramente como classificar os Direitos Fundamentais e identificar quais deles foram infringidos pelo parágrafo único do artigo 1º da lei 7.347/85.

4.2 Dos Direitos Fundamentais: a Análise da Constitucionalidade Material do Dispositivo

A doutrina classifica os direitos fundamentais de maneira vasta e diversa chegando a algumas conclusões, como a destas serem de caráter objetivo, fruto da separação entre as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, tratadas pelo professor Eduardo Cambi (2011, p.103) como, respectivamente, aquela que considera os direitos como *pretensões de vontade*, instrumentos para a realização de interesses individuais, que permitem a cada um escolher exercer ou não os seus direitos, e aquela que não serve para liberar a vontade do homem, mas reconduzir a autonomia de vontade a uma *justa dimensão*, por exemplo, e inúmeras outras. No entanto, existe uma forma de dividi-los que é particularmente interessante para a monografia, trata-se do 2º parágrafo do artigo 5º, singelo, mas, ao mesmo tempo, transformador.

O artigo 5º, § 2º da CF traz o seguinte texto:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Prima facie, a interpretação da simples leitura do dispositivo permite imaginar que existem *três* espécies de direitos e garantias fundamentais presentes no documento do qual ele faz parte. Observa-se: a) direitos e garantias expressos; b) direitos e garantias decorrentes do regime e princípios adotados pela carta de direitos; c) tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil faz parte. Logo, nem todos os direitos e garantias desta ordem estão expressamente traduzidos no texto do referido artigo, recaindo sobre a interpretação do operador da legislação caçá-los.

Deste pequeno e revolucionário trecho é que surgiu uma nova classificação jurídica dos direitos e garantias fundamentais constituintes. Não é só isso, o professor Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 273) vai mais fundo na questão:

A partir das diretrizes textuais do artigo 5º, §2º, da CF, (...) é possível classificar os direitos fundamentais em dois grandes grupos: (a) direitos expressamente positivados, seja na constituição, seja em outros diplomas jurídico-normativos de natureza constitucional; (b) direitos implicitamente positivados, no sentido de direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios constitucionais (...) em suma, direitos que não encontram respaldo textual direto, podendo também ser designados de direitos não escritos.

Para ele, ainda é possível subdividir os direitos não escritos em três subgrupos: a) os previstos no Título II da CF; b) direitos sediados em outras partes do texto constitucional; c) direitos expressamente consagrados em tratados internacionais de direitos humanos.

O direito à tutela jurisdicional coletiva é um direito fundamental de segunda geração, perpetuado, como já abordado no item 2.1, no ordenamento jurídico brasileiro de maneira decisiva e contundente com o advindo das normas constitucionais de 1988. No entanto, sua presença não é expressa, mas sentida ao se estender o inciso XXXV² para o âmbito coletivo, que o próprio título II apresenta ao citar: “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”. Encaixando-se assim tal princípio no item a) dos direitos fundamentais não expressos na Constituição Federal proposto por Sarlet.

O que seria o parágrafo único do artigo 1º da lei 7.347/85 senão um afastamento da apreciação do Judiciário de uma Ação Civil Pública que verse sobre causas tributárias e busca defender uma coletividade de indivíduos? Algo anteriormente aceito e utilizado, e até de certa forma nascido com este propósito, como forma de defesa dos sempre explorados contribuintes, ainda mais nos tempos de crise econômica como os atuais, em que o país enfrenta a alta do dólar e da inflação e o constante crescimento da porcentagem de valores cobrados a fins tributários, foi simplesmente retirado do alcance do cidadão comum. A retirada da Ação Civil Pública Tributária por uma simples medida provisória, sem qualquer necessidade ou urgência como será demonstrado, nada mais foi que uma forma

²XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

flagrante de reduzir um inúmero montante de lesões e ameaças ao direito que o fisco constantemente impõe sobre a população brasileira de serem apreciados pelo judiciário de maneira única, célere e justa.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes (2012, p. 237), embora defenda em seu texto a necessidade de se interpretar o suprarreferido inciso com certa conformação, pois o não afastamento total e completo de qualquer ameaça a direito certamente causaria um mal estar para o Poder Judiciário pátrio que viria a carecer de segurança jurídica, protege com afincos a necessidade de manter o núcleo substancial do direito intocado (2012, p. 238):

Qualquer que seja a conclusão a propósito do caráter de mera conformação ou de limitação, não pode o legislador, a pretexto de conformar ou disciplinar a garantia da proteção judicial efetiva, adotar disciplina que afete, de forma direta ou indireta, o exercício substancial desse direito. O núcleo essencial, embora relativo, não pode ser agredido.

A agressão causada pela medida provisória nº 2.180-35, de 24/08/2001, que adicionou o parágrafo único ao artigo 1º da Lei 7.347/85 e proibiu a Ação Civil Pública em causas tributárias, é grande o suficiente para ferir este núcleo. Tanto, que fora a Ação Civil Pública, não existe nenhuma outra forma de o contribuinte, direto ou indireto, acionar a Justiça de maneira coletiva, estando a coletividade de contribuintes lesados completamente excluída da apreciação do Poder Judiciário.

Retomando a linha de raciocínio extraída da obra do ministro Barroso, se Constituição Federal deve ser observada como sistema dotado de unicidade, sua interpretação obviamente também deve levar em conta este aspecto. Interpretar a Constituição Federal em partes ou dispositivo a dispositivo, além de confuso e ineficiente, é errôneo, pois vai de encontro direito à sua própria natureza. Justamente por conta disso, o principal mecanismo utilizado para o controle de constitucionalidade é a própria interpretação conforme. Tendo o conhecimento básico do texto, o legislador raramente realiza uma afronta direta à Magna Carta de 1988.

Assim sendo, tal premissa é considerada um princípio pela doutrina, sendo explicada pelo próprio ministro Luís Roberto Barroso (2010, p. 302) como o Princípio da interpretação conforme a Constituição e aplicado diretamente no controle de constitucionalidade:

Como mecanismo de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição permite que o intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional. Nessa hipótese, o tribunal, simultaneamente, *infirm*a uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional, e *afirma* outra, que compatibiliza a norma com a Constituição. Trata-se de uma atuação “corretiva”, que importa na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto (...).

Em suma, a interpretação conforme a Constituição pode envolver mera interpretação adequada dos valores e princípios constitucionais, ou a declaração de inconstitucionalidade de uma das interpretações possíveis de uma norma ou, ainda, a declaração de não incidência de norma a determinada situação de fato, por importar em violação da Constituição.

Embora o exemplo dado pelo ministro seja no sentido de preservar a constitucionalidade de um dispositivo pela declaração de inconstitucionalidade de interpretações indevidas, pois este pode ser lido e aplicado de maneiras múltiplas, a lógica extensiva ao exemplo leva à conclusão de que a inconstitucionalidade total do texto também pode se dar por tal mecanismo. Quando não houver uma afronta direta ao texto constitucional positivado, como no caso do parágrafo analisado pela monografia, o intérprete do direito deve pensá-lo conforme a própria lógica do sistema constitucional vigente.

Aplicando esta lógica ao tema temos o seguinte raciocínio: o artigo 1º “caput” da Constituição Federal, em conjunto com seu inciso II, aponta que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Trazendo este fundamento para o artigo 5º “caput”, do mesmo código, que se localiza sob os dizeres “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, que intitulam o Capítulo I deste Título da Constituição, interpreta-se que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes, estando neles protegidos tanto os direitos e deveres individuais quanto os coletivos.

Portanto, chegando ao inciso XXXV que diz que não será excluído pela lei a apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito conclui-se: **não será excluído pela lei a apreciação pelo Poder Judiciário, respeitando o fundamento principiológico constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, de lesão ou ameaça a direito individual ou coletivo.**

Logo, o texto do parágrafo único do artigo 1º da lei 7.347/85 que diz:

“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 terminantemente, em sua forma atual, **inconstitucional**.

Mais fundamental que o entendimento de que o contribuinte direto está incluso na esfera de Direitos Coletivos, mais fundamental que os problemas envolvendo a medida provisória nº 2.180-35, de 24/08/2001 editada sem qualquer urgência e relevância, é perceber que o dispositivo afronta diretamente a lógica constitucional que rege a República Federativa do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito.

4.2.1 Legitimação

Tal interpretação só se torna possível se a análise dos Direitos Fundamentais for realizada dentro da lógica da interpretação constitucional contemporânea. Trata-se da possibilidade de se interpretar os princípios constitucionais a fim de aplicá-los diretamente no mundo fático. Atribuir a um acontecimento a incidência única e exclusiva, isto é, sem o intermédio de uma regra, por meio de uma norma de baixa densidade. Explica o professor José Joaquim Gomes Canotilho (2008, p. 67):

Quanto ao último ponto, limitámo-nos a retomar as pistas de um BREUER, de um MÜLLER e, mais recentemente, de um ALEXY, e a sugerir que o mundo de hoje dos direitos não se reduz ao <<direito hohfeldiano>> - afirmar um direito hohfeldiano é afirmar uma tripla relação entre duas pessoas e o acto de uma delas, na medida em que esse acto afecta a outra - , antes exige uma aguda consciência das <<nuances>> ou <<gradações>> das posições jurídicas garantidas pelo catálogo dos direitos fundamentais.

O meio acadêmico atual não aceita mais uma interpretação simplória envolvendo o direito. Não há como observar um acontecimento pela lógica hohfeldiana e ter por isso como a maneira mais acertada de julgar um fato ou mesmo a constitucionalidade de uma norma, como realizado acima. Por exemplo, se o capítulo anterior tomasse como base a lógica clássica, a validade do dispositivo poderia ser declarada pelo simples fato de não haver qualquer restrição expressa

para a vedação presente na Lei 7.347/85, como um inciso dizendo: “Proíbe-se qualquer vedação ao legal ao princípio do Acesso à Justiça presente na Constituição Federal, tanto em sua forma individual quanto na coletiva”. A maneira clássica de se encarar princípios era com base no dogma que Paulo Bonavides bem aponta (2010, p.607): “Os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se”.

Esta ideia é antiga e como aponta o professor Wilton Boigues Corbalan Tebar em seu artigo “Neoconstitucionalismo: Superação para concretização de direitos fundamentais” (2011, p. 128):

As constituições antigas, do constitucionalismo liberal e por essa razão, são chamadas de clássicas, eram concisas. Posteriormente, com o rompimento do paradigma de legitimação constitucional, as constituições se tornaram extremamente prolixas. Posto isto, a principal forma de proteção da dignidade da pessoa humana é através dos direitos fundamentais. Começou-se a consagrar um extremo rol de direitos fundamentais exatamente para proteger a dignidade da pessoa humana como o art. 5º da CF/88. As Constituições antigamente tinham um caráter mais político e não eram vistas como um órgão vinculante. Corroborando que a leitura constitucional sob o aspecto do constitucionalismo clássico não corresponde ao novo modelo teórico brasileiro (...)

A doutrina moderna pós-positivista, e a maneira como a Constituição Federal apresenta conceitos abertos e principiológicos a fim de se referir a Direitos Fundamentais, mudou a maneira com que estes são aplicados no cenário jurídico nacional. A separação entre os conceitos de regra e princípio nunca foram tão necessários para a Academia Jurídica como no período após a entrada em vigor da Constituição de 1988. E isto se deve ao fato de as Constituições anteriores não trazerem uma distinção tão cinzenta quanto à nova, e ainda, não havia nos princípios uma carga normativa capaz de reger por si só uma situação litigiosa.

Humberto Ávila realiza esta distinção em sua obra Teoria dos Princípios da seguinte maneira (2005, p. 70):

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

O Acesso à Justiça é sem sombras de dúvidas um princípio, pois aponta para um estado ideal que deve ser buscado e garantido por todas as normas decorrentes da Constituição, os dispositivos infraconstitucionais. Analisar o parágrafo único objeto da monografia pela ótica principiológica do Acesso à Justiça leva à conclusão de que extinguir a Ação Civil Pública que verse sobre causas tributárias vai à contramão do “estado das coisas” pretendido por este princípio. Os efeitos decorrentes do parágrafo único são contrários ao disposto na Carta Maior. E isto por si só se basta.

Como elucida o Ministro Luis Roberto Barroso (2010, p. 308), não há mais que se esperar que a norma jurídica seja interpretada apenas em um único sentido para a aplicação prática. Há uma mudança até na forma de se enxergar a realidade concreta, o *problema* deixa de ser apenas um conjunto de fatos sobre o qual irá incidir a norma, para se transformar no fornecedor de parte dos elementos que irão produzir o Direito.

O autor trata da máxima efetividade das normas constitucionais, princípio que coroa a Constituição Federal de 88, como traz na mesma obra (2010, p. 225), a efetividade se desenvolveu e foi sistematizada no período que antecedeu a Assembleia Constituinte, atribuindo no plano jurídico normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações; reconhecendo no plano científico o direito constitucional como um objeto próprio e autônomo, afastando-o do discurso puramente político/filosófico; e no aspecto institucional, ascendendo o Poder Judiciário no país, dando-o um papel destacado na concretização de valores e do direitos constitucionais.

O Ministro reconhece a atual normatividade dos princípios, sem a qual não seria possível a aplicação direta dos Direitos Fundamentais previstos na Constituição (2010, p. 311):

O reconhecimento da *normatividade aos princípios* e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo (v. *supra*). Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as

quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance.

Esta passagem embasa justamente a afirmação de que hoje basta o intérprete para realizar a ponte entre o princípio e a situação de fato. Basta a análise lógica entre os Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos e a vedação à ACP tributária tomando como base a unicidade da Constituição Federal para que seja declarada sua inconstitucionalidade.

Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau (2014, p. 34), basta a visualização do sistema jurídico como uma ordem teleológica, para que o formalismo jurídico reste destruído; basta referirmos o direito pressuposto para que sejam evidentes as insuficiências metodológicas do positivismo. A nova hermenêutica legitima o intérprete para, além de entender profundamente os sentidos das normas constitucionais, aplicá-los e concretizá-los, logo, não há nada mais cabível ao problema que uma declaração de inconstitucionalidade formalmente expedida pelo Supremo Tribunal Federal acerca do parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85, extirpando a Ação Civil Pública de sua vedação contaminada.

4.3 Análise da Constitucionalidade Formal do Dispositivo

Além da supracitada inconstitucionalidade material há também explícita inconstitucionalidade formal no referido dispositivo. Primeiramente, a adição do parágrafo único ao artigo 1º se deu por medida provisória, a medida provisória n. 2.180-35/2001, sendo mantida vigente pelo artigo 2º da Emenda Constitucional n. 32/2001 que, de maneira bizarra, coloca as medidas provisórias anteriores à sua edição como consolidadas até que medida provisória ulterior venha revogá-las.

A análise sobre a formalidade do parágrafo em questão deve ser iniciada pela conceituação do termo medida provisória, que pelas palavras do Professor Paulo Gustavo Gonet Branco é (2013, p. 875):

Em resumo, as medidas provisórias são atos normativos primários, sob condição resolutive, de caráter excepcional no quadro da separação dos Poderes, e, no âmbito federal, apenas o Presidente da República conta com o poder de editá-las. Ostentam nítida feição cautelar. Embora produzam o efeito de concitar o Congresso a deliberar sobre a necessidade de converter em norma certo trecho da realidade social, não se confundem com meros projetos de lei, uma vez que desde quando editadas já produzem efeitos de norma vinculante.

Pelo conceito, já é possível perceber que este instrumento é dotado de caráter extremamente excepcional. Ele só pode ser usado pelo Presidente da República, possui feição cautelar nítida e trata-se de um meio do Poder Executivo intervir diretamente em atividade privativa do Poder Legislativo, logo, logicamente, não pode ser acionado ao bel-prazer do Chefe de Estado sempre que este quiser provocar a atividade legislativa do Poder competente.

Tendo isto em mente, segue o “*caput*” do artigo da Constituição Federal que, embora não tenha criado a medida provisória, que data da Constituição de 1937, atualmente prevê a o uso deste instrumento:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

De imediato nota-se que o ordenamento jurídico traz dois requisitos para a edição de uma medida provisória, quais sejam os de relevância e urgência. Ambos precisam estar concomitantemente configurados em uma situação de fato para que o Presidente da República possa editá-los. É um requisito sem o qual não há razão de ser para o uso de tal medida.

A obra dos professores Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2012, p. 409) destrincha de maneira mais adequada o funcionamento da aplicação destes requisitos na prática:

O Presidente da República, diante de urgência e relevância, pode expedir medidas provisórias, que possuem força de lei pelo período de sessenta dias. A questão de urgência, em regra, fia a cargo da decisão do Poder Executivo, deixando o Supremo Tribunal Federal de apreciar a matéria. No entanto, em caso de evidente inexistência de alegada urgência, o Pretório Excelso adentra em sua análise e reconhece a inconstitucionalidade da utilização da medida provisória, em face da carência de urgência. Assim, a regra é a não apreciação pelo Supremo da urgência, mas, em casos flagrantemente não urgentes, há prestação jurisdicional para reconhecer a inconstitucionalidade da espécie em comento.

Eis que surge o seguinte questionamento: “qual a urgência e qual a relevância que motivou a edição da medida provisória n. 2.180-35/2001?”. O leitor atento à jurisprudência poderia afirmar que isso deu ao fato de o Ministério Público estar usando a Ação Civil Pública para pleitear direito individual homogêneo quando

a Constituição Federal não previu sua atuação expressa neste meio. Mas proibir este veículo de demandar em benefício da coletividade para todo e qualquer tipo de demanda que verse sobre tributo como previsto em lei não faz o menor sentido lógico. Faz-se necessária uma releitura do ponto 3.2 da presente monografia. O tributo direto é, para todos os efeitos, um direito coletivo, e este está dentro da esfera de atuação do Ministério Público como aponta o artigo 129 da CF.

Nelson Lopes de Figueiredo (2012, p. 55) aborda o assunto da seguinte maneira:

No mesmo sentido, embora reconhecendo o caráter de conceitos jurídicos indeterminados das palavras “urgência” e “relevância”, Clémerson Merlin Cléve registra a importância de um “ensaio de precisão dos pressupostos das medidas provisórias”, afirmando que possui “relevância aquilo que é importante, proeminente, essencial, exigível ou fundamental” e que a relevância determinante da expedição de medidas provisórias deverá estar vinculada, exclusivamente ao interesse público. De qualquer forma, abrigando ou não conceitos jurídicos abertos, o art.62 jamais poderia ser interpretado em desacordo com os demais preceitos constitucionais e os valores da sociedade, contrariamente ao espírito da Constituição ou seu conteúdo ideológico material.

O desacordo com os preceitos constitucionais é gritante, a contrariedade de tal medida provisória ao espírito da Constituição e ao seu conteúdo ideológico material é alarmante. Por tudo que traz a conteúdo material de texto já estão mortos quaisquer argumentos que defendam a relevância e a urgência da mp n 2.180-35/2001.

E ainda, o parágrafo 1º, inciso I, alínea b) do artigo 62 da CF³, que foi implantado na Carta Maior pela mesma EC n. 62 citada anteriormente, veda qualquer medida provisória que tenha como matéria Direito Processual Civil. A mesma Emenda que “consolidou” a vedação da ACP tributária trouxe mais um motivo para a declaração já evidente de sua inconstitucionalidade.

É o que prega a Procuradora Federal Suzana Gastaldi (2013, S.p) em seu artigo online “A inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1.º da Lei 7.347/1985”:

³ § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;

b) direito penal, processual penal e processual civil;

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

Dessa forma, caso hoje uma medida provisória disponha sobre matéria de direito processual e ofenda os avanços conquistados e consubstanciados em garantias fundamentais ao acesso à justiça, estar-se-á diante não somente de inconstitucionalidade material, como inequivocamente de inconstitucionalidade formal.

De fato, há de se reconhecer a grande importância dessa Emenda Constitucional, que, entretanto, não surte quaisquer efeitos em relação à Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001.

Não há como salvar o grave ataque ao Acesso à Justiça, mesmo que se permitisse a absorção total do direito de legislar para o Poder Executivo previamente à Emenda Constitucional, a inconstitucionalidade formal e material esta perpetuada desde a sua edição no ano de 2001.

Ada Pellegrini Grinover (2009, p. 36) também concorda com este posicionamento em seu artigo online “Ação civil refém do autoritarismo”:

(...) a atitude do governo, que tem utilizado Medidas Provisórias para inverter a situação, com investidas contra a Ação Civil Pública, tentando diminuir sua eficácia, limitar o acesso à justiça, frustrar o momento associativo, reduzir o papel do Poder Judiciário. O Legislativo, complacente ou desatento, não tem sabido resistir aos ataques, secundando a ação do Governo. A salvação só pode estar nos tribunais, devendo os advogados e o Ministério Público a eles recorrer, alimentando-os com a interpretação adequada das novas normas, a fim de que a resposta jurisdicional reflita as linhas mestras dos processos coletivos e os princípios gerais que os regem, que não podem ser involutivos.

Enquanto o Poder Judiciário não acordar, não há o que se fazer para por fim a este constante ataque à coletividade contribuinte. Coletividade esta que abarca inclusive todos os membros dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que por fazerem parte do Estado se esquecem de que estão inseridos nele tanto como servidores quanto como cidadãos, e que como todos estes sofrem as consequências da atividade estatal.

Tanto a edição desta medida provisória quanto a inércia do Judiciário parecem partir de uma ideia defensiva destes ao Estado. Uma Ação Civil Pública que atacasse um tributo abusivo poderia gerar uma sentença que afetaria diretamente a constitucionalidade lei que editou a criação deste, vide o princípio da legalidade, e o Supremo pode sentir sua competência para tal tomada de si. Além de que os efeitos desta sentença causariam um impacto sobre o planejamento econômico do Estado muito maior que várias demandas individuais somadas não conseguiriam atingir.

A resposta para tais divagações é simples, o contribuinte não pode ter seu direito fundamental constitucional ferido por qualquer uma destas justificativas. A Constituição Federal deve ser respeitada, o cidadão deve ser protegido. A solução para o Estado frente à impossibilidade de tolher direitos dos contribuintes é a de se preparar melhor.

Planejar a criação de tributos com uma antecedência confortável, é buscar medir antes de criar uma cobrança, medir seu impacto e analisar sua conformidade com o ordenamento jurídico pátrio, é garantir a eficiência da arrecadação, é, mais do que tudo, garantir que os gastos públicos sejam saudáveis e necessários. Garantir que o capital arrecadado seja o mais próximo possível de 100% aproveitado e revertido em benefício da sociedade.

Um indivíduo que paga seus tributos em grande quantidade, mas que recebe totalmente este dinheiro de volta em ações concretas para garantir seu bem estar e de sua família é um indivíduo feliz, e uma coletividade de indivíduos assim convivendo no mesmo meio, é uma sociedade feliz. Ela é também próspera, e tende a crescer economicamente falando e recheia ainda mais de benefícios seus membros. E é isso que o Estado brasileiro deve ansiar e trabalhar para tornar uma verdade.

5 CONCLUSÃO

Conforme exposto por todo o desenvolvimento do primeiro capítulo da presente monografia, fora a introdução, a Ação Civil Pública é um mecanismo fruto de um movimento democrático de cunho filosófico que vinha surgindo com as transformações na sociedade.

O surgimento de uma sociedade globalizada e autoconsciente desta característica trouxe intrinsecamente diversas ideias da humanidade como uma coletividade e não mais diferentes indivíduos dominantes lutando por seus interesses próprios. E com ela os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ocuparam os holofotes, sendo a lei 7.347/1985 fruto deste momento em um Brasil que finalmente rompia as garras da ditadura militar. A Lei de Ação Civil Pública traz em seu corpo toda a carga histórica e o espírito garantista presente na própria Constituição Federal de 1988, que entrou em vigor logo após a esta.

A competência para julgamento e o rol de legitimados foram traçados, e continuam sendo atualizados, de maneira a facilitar e desburocratizar a demanda coletiva. Embora não seja de fácil compreensão nem fruto de simples planejamento, toda a delimitação que o legislador traz é colocada para garantir a unicidade de direito enquanto se presa pelo princípio da celeridade processual e do livre acesso à justiça.

Tudo isso trazendo o Ministério Público como principal legitimado à propositura da ação e fiscal dos direitos transindividuais e, conseqüentemente, do instrumento processual tema, colocando este para funcionar conforme sua função institucional abordada no artigo 127 da Constituição, não obstante posicionamento contrário a esta notável dependência popular pela atuação do órgão.

Ainda no corpo do capítulo afirma-se que a legitimação da Defensoria Pública é limitada à matéria condizente à sua função institucional. Tal entendimento é alcançado após a exposta reflexão acerca de sua função institucional de proteção aos hipossuficientes e sua atual deficiência organizacional e de mão-de-obra frente ao MP, ficando explícita a limitação da legitimação desta pela necessidade de adequação dos tutelados aos requisitos dos representados pela instituição.

No último subtítulo do capítulo, expõe-se a problemática causada pela introdução do parágrafo primeiro ao artigo 1º de sua lei base por uma medida provisória, que limitou a *causa de pedir* da Ação Civil Pública, vedando seu uso para

causas que versem sobre tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. Também aqui se demonstra os argumentos do professor Scarpinella, que bravamente se impôs contra esta proibição, tomando-os como base para trabalho que foi focado inteiramente na vedação sobre causas que versem sobre os tributos.

Ademais, fica clara a função da Ação Civil Pública e sua importância crescente no ordenamento jurídico pátrio, sempre de mãos-dadas com o bom andamento de uma tutela jurisdicional célere e abrangente.

O segundo capítulo fora a introdução apresenta o bem jurídico tributário e passa seu corpo a descrever conceitos e princípios, com especial enfoque ao Princípio da Legalidade e à crise de representação que o Estado brasileiro atravessa. Mesmo estando nas mãos do Poder Legislativo, que conta com grande número de representantes dos mais diferentes grupos dentro da sociedade, o poder de tributar é muito mal utilizado no país. A prática de lobby de grandes empresas com interesses diversos da população, a necessidade de um constante aumento no gasto público que estes representantes têm para sentirem que estão devidamente expondo que estão trabalhando em prol do povo. Enquanto na verdade, estes oferecem uma mordomia com uma mão enquanto cobram do próprio contribuinte os custos dela com outra. Demonstra-se a necessidade de uma ferramenta como a ACP para ajudar a coletividade de pessoas atingidas por esta voracidade.

Mais a fundo deste ponto, busca-se analisar em qual das três categorias de direito metaindividual está o direito tributário. Por meio do uso de lógica básica foi realizada a conclusão de que as duas espécies de tributos cobrados atualmente no país encontram-se em diferentes categorias. O cobrado contribuinte direto está ligado ao sujeito ativo da relação tributária por uma lei, logo há uma **relação jurídica base**, e o cobrado do contribuinte (ou responsável) indireto conecta-se com seu sujeito ativo por uma **relação de fato**.

Logo, o direito metaindividual do contribuinte direto é o direito coletivo, e o do indireto é individual homogêneo, estando o primeiro em conformidade com o inciso IV, do artigo 5º da Lei 7.347/85. Então, não há o que a jurisprudência pautar-se no fato de que a Ação Civil Pública não pode veicular tais demandas com base

na justificativa que todas as causas que versem sobre tributos tratam de direitos individuais homogêneos e estes estão fora do raio de ação dela.

E mais ao fim do capítulo tem-se que, ainda que não seja coerente afirmar *prima facie* que o direito do contribuinte indireto tem total semelhança com o direito do consumidor, uma análise pormenorizada do assunto mostra que a linha que separa os dois é um pouco mais cinzenta do que os julgados recentes tendem a traçar. Embora não seja o suficiente para se afirmar isso categoricamente, mas, no quadro geral, leva ao observador da situação perceber certo protecionismo do Judiciário à tributação, que tanto abusa e castiga o honesto trabalhador brasileiro, pela falta de cuidado de profundidade na fundamentação das sentenças que tratam do tema.

O terceiro e derradeiro capítulo de desenvolvimento volta-se para a análise da constitucionalidade material e formal do dispositivo, sendo a primeira realizada por meio da hermenêutica, sob o prisma do neoconstitucionalismo, tomando como base a unicidade exigida para análise da Constituição Federal de 1988. Todo o caminho percorrido no texto trouxe à tona a conclusão de que o parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85 é inconstitucional, pois afronta diretamente ao direito fundamental do Acesso à Justiça ao impedir a existência qualquer tipo de demanda coletiva envolvendo tributos no ordenamento jurídico pátrio.

Já no que diz respeito à forma, o trabalho demonstrou que a medida provisória que adicionou a proibição é inadequada, pois além de ter sido editada sem qualquer motivo de relevância ou urgência, requisitos obrigatórios pelo artigo 62 da Constituição, ela afronta a Emenda Constitucional que a concedeu força de lei automática, pois esta impediu que medida provisória tratasse de Direito Processual Civil.

A inconstitucionalidade da proibição da Ação Civil Pública sobre causas tributárias é tanto formal quanto material. A insistência dos três Poderes em manterem-se cegos é preocupante. Quando o próprio Estado está fechando os olhos para uma infração a preceitos básico da Constituição Federal em seu próprio favor, ele está provando que o Brasil ainda está distante de uma mentalidade una entre a classe estatal e a classe cidadã.

Hoje a sociedade vê o Estado como um ente independente e alheio a esta enquanto o Estado se vê da mesma forma, quando na verdade um é parte do

outro. O legislador que tributa em favor de interesses terceiros aos dos cidadãos, tributa em favor de interesses terceiros aos seus, porque mesmo que receba vantagens ele as paga de seu próprio bolso sem perceber. Esta mesma lógica é aplicada tanto ao cidadão quanto ao político. É a tentativa de levar vantagem à custa dos “outros” sem perceber que o próprio avantajado está incluso nestes “outros”. Extinguir a Ação Civil Pública Tributária é permitir que esta lógica burra perdure, pois impede uma solução rápida a um assalto aos cofres dos contribuintes realizado pelo próprio Estado.

O direito em sua forma pura não é um emaranhado de interesses políticos, sociais e pessoais. O direito não serve a uns e prejudica a muitos, nem a maioria em detrimento da minoria. O direito, de forma singela, serve para garantir uma vida justa e digna para todos e em favor de todos.

Esta monografia não tem a pretensão de mudar a realidade do que acontece hoje, ela pode até mesmo restar esquecida em alguma prateleira ou em algum canto da internet, mas se um leitor que seja puder por ela se inspirar e mudar sua forma de enxergar o direito, ainda apenas que por um instante, ela terá atingido seu objetivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Jurisdição Constitucional e a Tutela dos Direitos Metaindividuais.** – São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

ALMEIDA, João Batista. **Aspectos Controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência; prefácio J. P. Sepúlveda Pertence.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro.** – São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAÚJO, Luiz Roberto David, JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de direito constitucional.** – 16 .ed. – São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária.** – São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

_____. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** – 4. Ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BAITELLO, Daniel Rebello. **Aspectos gerais da defesa do contribuinte: uma crítica ao comportamento fazendário atual.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3241, 16 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21777>>. Acesso em: 15 out. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** – 2. Ed. – São Paulo, Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

_____. **Lei nº 7.347, de 24 de Julho 1985.** Brasília: Senado, 1985.

_____. Código do Consumidor (1990). **Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990.** Brasília: Senado, 1990.

_____. **Lei Complementar nº 80 de 12 de janeiro de 1994.** Brasília: Senado, 1994. CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso.** 2015 – Presidente Prudente, 2015, 121 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** – 25. ed. e atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual público, direito processual coletivo: vol2, tomo III.** – 2. ed. rev. atual. e amplia. – São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____. **Réquiem para a Ação Civil Pública.** Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/R%C3%A9quiem%20para%20a%20a%C3%A7%C3%A3o%20civil%20p%C3%BAblica.pdf>>. Acesso em 20/09/2015.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** – São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro.** – 7. ed. – Rio De Janeiro: Editora Forense, 2004.

_____. **Teoria geral do tributo e da exoneração tributária.** – 3. ed. - Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FERRARESI, Eurico. **A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva.** In GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, WATANABE, Kazuo. (coord.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos.** – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FIGUEIREDO, Nelson Lopes de. **O Estado infrator.** – Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Ação Civil Pública; Comentários por artigo (Lei nº 7.347, de 24/07/85).** – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GAMA, Tácio Lacerda. **Taxas e contribuições interventivas.** In BARRETO, Aires Fernandinho et all (orgs.). **Segurança Jurídica na Tributação e estado de direito.** - São Paulo: Noeses, 2005.

GASTALDI, Suzana. **MP inconstitucional veda ação civil pública tributária e sobre FGTS.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3819, 15 dez. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26142>>. Acesso em: 4 out. 2015.

GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil.** – México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

_____. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios).** – 6. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Tutela de interesses difusos e coletivos.** – São Paulo: Saraiva, 2012.

GONZÁLEZ, Eusebio, MARTINEZ, Teresa González. **Direito Tributário: elementos da teoria geral**. Tradução Maria Carbajal e João Bosco Coelho Pasin – 1. ed. – São Paulo: Rideel, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Ação Civil Pública refém do autoritarismo**. In **Revista de Processo**. Ano 24. Out-dez/2009, nº 96. São Paulo: Revista dos Tribunais. P.28 a 36.

_____. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos**. – São Paulo: Revista de Processo, 1979.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. I**. – São Paulo: Editora Forense, 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública; Em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores; Lei 7.347/85 e legislação complementar**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Uma Teoria do Tributo**. – São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade**. – 3. ed. atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MÉLO, Luciana Grassano de Gouvêa. **Princípio da Legalidade Tributária**. In BRANDÃO, Cláudio, CAVALCANTI, Francisco, ADEODATO, João Maurício. (coord.) Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de direito constitucional**. – 8. ed. ver. e atual. -. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. – São Paulo: Saraiva, 2002.

MIGALHAS. **Defensoria Pública tem legitimidade para propor ACP**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI220193,11049-Defensoria+Publica+tem+legitimidade+para+propor+ACP> ≥. Acesso em: 25/06/2015.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica.** – São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

OLIVEIRA, Felipe Faria de. **Direito Tributário e Direitos Fundamentais.** - Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

OLIVEIRA, Júlio Maria de. **Interpretação da lei tributária e segurança na aplicação do direito – legalidade do ICMS/IPI.** In BARRETO, Aires Fernandinho et all (orgs.). Segurança Jurídica na Tributação e estado de direito. - São Paulo: Noeses, 2005.

RÊGO, Werson. **O Código de proteção e defesa do consumidor, a nova concepção contratual e os negócios jurídicos imobiliários: aspectos doutrinários e jurisprudenciais.** – Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Direito Tributário.** – 11. Ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SEVERIANO, Adneison. **Um ano após a Copa, obras continuam em aeroporto de Manaus.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2015/06/um-ano-apos-copa-obras-continuam-em-aeroporto-internacional-de-manaus.html>>. Acesso em 22/07/2015

STARLING, Marco Paulo Cardoso, CARDOSO, Júnia Oliveira. **Ação civil pública: doutrina e jurisprudência: o direito e o processo na interpretação dos tribunais superiores.** – Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TEBAR, Wilton Boigues Corbalan; AMARAL, Sérgio Tibiriça. **Neoconstitucionalismo: Superação para concretização de direitos fundamentais.** Revista Intertemas – Revista Jurídica da Toledo, 2011, v.16, p. 122-147.