

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO**

ROBERVAL ROCHA FERREIRA FILHO

**AÇÃO DE CLASSE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA
COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA**

RECIFE, 2009

F383a

Ferreira Filho, Roberval Rocha

Ação de classe em matéria tributária como instrumento de acesso à justiça / Roberval Rocha Ferreira Filho ; orientador Adonis Costa e Silva, 2009.

201 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, 2009.

1. Acesso à justiça. 2. Ação coletiva. 3. Processo tributário. I. Título.

CDU 347.9:336.2

DEDICATÓRIA

Ao professor Antonio Gidi, pela gentileza do material enviado, que foi muito proveitoso para o desenvolvimento da dissertação.

Aos professores Adonis Costa e Silva e Hélio Sílvio Ourém Campos, cujas lições muito enriquecem os ensinamentos voltados ao processo tributário no âmbito do mestrado em direito da Unicap.

Aos amigos Roberto Melo, Albino Vieira, Bartolomeu Alves e Mauro Costa, pelo incentivo constante.

A minha esposa, Ana Maria, pela dedicação e pelo apoio afetuoso.

ROBERVAL ROCHA FERREIRA FILHO

**AÇÃO DE CLASSE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA
COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito no curso de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco.

Orientador: Prof. Dr. Adonis Costa e Silva

RECIFE, 2009

**AÇÃO DE CLASSE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA
COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito no curso de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, por uma comissão examinadora formada pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Adonis Costa e Silva - UNICAP

Prof. Dr. Hélio Sílvio Ourém Campos - UNICAP

Prof. Dr. Marcos Antônio Rios da Nobrega - UFPE

RECIFE, 2009

RESUMO

Com o advento da “sociedade de massa”, marcada pela forte carga de litigiosidade e complexidade das relações sociais, as técnicas tradicionais de resolução de conflitos mostraram-se insuficientes para resguardar a paz social.

Nesse ambiente, resurgiu com força o antigo instituto processual das *class actions*, oriundas da tradição *common law*, que, em décadas recentes, espalhou-se pelo mundo todo como técnica efetiva de combate à litigiosidade e de acesso à justiça.

Absorvidas por quase todas as famílias do direito, as ações coletivas operaram mudanças significativas na proteção dos chamados direitos metaindividuais.

Entretanto, sua utilização no Brasil, apesar dos avanços legislativos recentes, ainda não abraçou porções do direito, como o tributário, onde o fenômeno da litigiosidade, da complexidade das relações jurídicas, e da massividade são regra.

A análise desse panorama, e da necessidade desse tipo de tutela para reforçar noções de cidadania e esvaziar a litigiosidade contida nas relações Estado-contribuinte é o escopo do presente trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Litigiosidade – Processo coletivo – Ações de classe – Acesso à justiça – Processo tributário – Estatuto do contribuinte.

ABSTRACT

With the advent of mass society, marked by high litigiousity and complexity of the social relations, the traditional techniques of conflict's resolutions have revealed insufficient to protect the social peace.

As a result of this, the common law old procedural institute of class actions resurged with force. In the last decades, the class action institute has been spread in all world as an effective technique to combat the litigiousity and to improve the access of justice.

Absorbed by almost all the legal systems, the class actions had operated significant changes in the protection of the metaindividual rights.

However, in the Brazilian legal system, although the recent legislative advances, the use of class actions has not achieved all the legal subsystems, as the tax law system, where the phenomenon of the litigiousity, of the legal relationships complexity, and the mass actions are rule.

The analysis of this situation, including the necessity of the use of this type of legal action to strengthen citizenship and to mitigate the litigiousity in the relations State-taxpayer, is the target of the present work.

KEYWORDS: Litigiousity – Mass Process – Class Action – Access to Justice – Tax Law Process – Taxpayer Statute.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP	Ação civil pública
ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DL	Decreto-lei
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EUA	Estados Unidos da América
IIADP	Instituto Ibero-americano de Direito Processual
IPTU	Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana
LACP	Lei de Ação Civil Pública
LC	Lei complementar
MP	Medida provisória
RE	Recurso extraordinário
REsp	Recurso especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
Apresentação do problema	11
Objeto	13
Importância do tema	14
Metodologia e estrutura da exposição	17
1 ACESSO À JUSTIÇA	19
1.1 Conceito contemporâneo de acesso à justiça.....	19
1.2 Acesso à justiça é direito fundamental?	22
1.3 Justiça tributária.....	23
1.4 Acesso à justiça tributária.....	27
1.5 Acesso à justiça tributária e processo	30
2 CIDADANIA PELO PROCESSO: O PAPEL POLÍTICO DA AÇÃO COLETIVA	33
2.1 O exercício da “nova” jurisdição.....	33
2.2 A participação do cidadão pelo processo	35
2.3 A importância política das ações coletivas.....	37
2.4 Restrições ideológicas às ações coletivas.....	39
2.5 Formação crítica do operador do direito no contexto do processo coletivo.....	42
2.6 A importância do estudo da common law	45
2.7 Novas perspectivas de formação dos juristas em tema de ações coletivas.....	49
3 AÇÕES COLETIVAS	51
3.1 Incurso histórico	51
3.2 As ações coletivas no mundo.....	58
3.3 Tendências observadas nas legislações	63
3.4 As ações coletivas no contexto do processo contemporâneo	64
3.5 Direitos objeto das ações coletivas	66
3.6 Definição de ação coletiva.....	71
3.7 Incurso histórico das ações coletivas no Brasil	72
3.8 Panorama atual das ações coletivas no Brasil	74
3.9 Os anteprojetos de um código brasileiro de processos coletivos.....	76
4 LITIGIOSIDADE TRIBUTÁRIA.....	80
4.1 Complexidades do arcabouço legal tributário	80
4.2 Litigiosidade contida	82
4.3 Bases da democracia tributária	85
4.4 Resistência fiscal	86
4.5 Estatuto do contribuinte.....	90
4.6 As ações coletivas: acesso à justiça e esvaziamento da litigiosidade.....	95
5 NECESSIDADE DE TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS TRIBUTÁRIOS	99
5.1 Direitos sem tutela	99
5.1.1 Necessidade de tutela adequada.....	103
5.1.2 Tutela adequada dos direitos individuais homogêneos no mercado de capitais.....	108

5.2 Adequação da tutela aos standards das class actions.....	110
5.2.1 Acesso à justiça.....	111
5.2.2 Economicidade.....	111
5.2.3 Equalização das partes no processo.....	112
5.2.4 Efetivação dos direitos materiais.....	114
6 AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.....	115
6.1 Tutela coletiva de direitos tributários.....	115
6.2 Ministério Público e ação civil pública.....	116
6.3 Ação civil pública em matéria tributária.....	122
6.4 Controle concentrado de constitucionalidade de leis tributárias municipais.....	132
6.5 Natureza jurídica dos direitos tributários.....	136
7 AÇÃO DE CLASSE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.....	142
7.1 A utilidade das ações de classe tributárias.....	142
7.2 Propostas de codificação processual coletiva e matéria tributária.....	145
7.3 Implicações das propostas nas lides tributárias.....	147
7.3.1 Interesse social.....	148
7.3.2 Utilidade.....	150
7.3.3 Predominância das questões comuns.....	150
7.3.4 Legitimação.....	150
7.3.4.1 Legitimação do Ministério Público.....	151
7.3.4.2 Legitimação da Defensoria Pública.....	155
7.3.4.3 Legitimação individual.....	157
7.3.4.4 Legitimação individual e o “mercado” da advocacia no Brasil.....	159
7.3.5 Execução coletiva.....	162
7.3.5.1 Fluid recovery approach.....	165
7.4 Ações coletivas nos juizados especiais cíveis.....	166
7.5 Ações coletivas no projeto do Código de Defesa do Contribuinte.....	171
CONCLUSOES.....	177
Acesso à justiça.....	177
A importância política das ações coletivas.....	178
Litigiosidade contida e participação democrática.....	178
Necessidade de tutela coletiva no âmbito tributário.....	180
Ação coletiva em matéria tributária como instrumento de acesso à justiça.....	181
REFERÊNCIAS.....	184

INTRODUÇÃO

Apresentação do problema

Rudolf Von Ihering, no seu histórico livro “A luta pelo direito”, afirma que, como objeto de análise, escolheu a luta pelo direito sob a forma de processo, não porque, como jurista, o tema lhe oferecesse maior interesse, mas porque a verdadeira razão das coisas ali estava exposta a ser ignorada, não somente pelo público em geral, mas até pelos próprios juristas¹.

No século XIX, seu trabalho, de forte cunho moral, deu azo a inúmeros debates que serviram tanto para propagar sua obra quanto para atacar seu firme posicionamento pelo espírito de luta que entendia ser a base da construção histórica do direito, idéia reafirmada várias vezes no clássico texto, e no parágrafo final, em que cita o Fausto, de Goethe²:

Desde o momento em que o direito renuncie a apoiar-se na luta, abandona-se a si próprio, porque bem se lhe podem aplicar estas palavras do poeta:
Tal é a conclusão aceite atualmente:
Só deve merecer a liberdade e a vida
Quem para as conservar luta constantemente.

Várias pechas foram-lhe atribuídas, de “demandista”, de emular o espírito de discórdia, de incitar litigantes aos tribunais. Chegou até a ser acusado de plágio de um artigo publicado numa revista norte-americana, o *Albany Law Journal*, que ele sequer conhecia. Respondeu aos críticos, solicitando-lhes que não desnaturassem suas idéias, afirmando que não propugnava pela luta ao direito em todas as contendas, mas somente naquelas em que o ataque implicasse, conjuntamente, um desprezo à pessoa. Sua idéia central era o dever de resistência às injustiças ultrajantes, que chegassem a provocar a própria pessoa, em grave desprezo ao direito. Dever esse baseado em respeito próprio, um princípio de conservação moral que se refletiria em dever para com a própria sociedade, como caminho obrigatório para a realização do direito³.

E assim deveria ser, independentemente do tamanho da lesão, do *quantum* patrimonial envolvido na contenda. Segundo ele, questões diminutas quase sempre seriam acompanhadas de um juízo de razão aritmético. Se uma pessoa deixa cair um franco na água,

¹ IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 23. ed. Trad. de João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 13.

² *Ibid.*, p. 91.

não despenderia nunca dois para reavê-lo. Idéia materialista vastamente utilizado pela jurisprudência, de maneira banal e vulgar, para circunscrever a causa ao mero interesse pecuniário. O que Ihering não aceitava⁴.

Hoje, a título de comparação, o que levaria um cidadão a intentar um processo judicial para se ver livre, por exemplo, de uma exação tributária que crê injusta, se ela for de valor inexpressivo? Alguém em sã consciência litigaria com o Estado para reaver R\$ 1,00 que lhe tenha sido subtraído por um lançamento de tributo ilegal?

A realidade nesses casos, como adiante será visto, revela falta de tutela. São as chamadas pretensões “inviáveis pelo custo”. Como intentar uma causa para receber “x”, gastando nas despesas do processo, “10 x”, “100 x” ou “1000 x”?

Se individualmente essas pretensões podem ser consideradas desprezíveis, coletivamente não o são. Milhões podem ser carreados em formas de “miseros centavos” para os cofres das administrações tributárias. A pulverização das lesões tributárias (lesões patrimoniais dessa natureza, oriundas da má aplicação da lei, da inconstitucionalidade, do erro administrativo etc.) torna esses prejuízos “de bagatela” difíceis de serem notados e, mais grave, de impraticável defesa judicial por cada indivíduo lesado.

É um problema que grassa no mundo inteiro, e no Brasil, particularmente, assume caráter de ser mais um fator a justificar a iniquidade do sistema tributário, possibilitando ilegais ganhos fiscais de escala por parte do Estado.

A história já trouxe solução adequada para combater esses tipos de lesão: ações coletivas com procedimentos específicos orientados à natureza do bem jurídico posto à apreciação judicial ou administrativa. As denominadas ações de classe. Uma técnica eficaz de agregar as várias pretensões represadas pela inviabilidade em uma só, coletiva e apta a enfrentar o responsável pela lesão em condições processuais mais equilibradas, despertando os titulares de direitos que, frente a pequenos vilipêndios estatais em suas economias, não reagem por uma simples relação de custo-benefício.

³ *Ibid.*, p. 17-18.

⁴ IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 23. ed. Trad. de João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 80, ilustra seu pensamento: “Lembro-me de ter ouvido falar de um juiz que, em vista do diminuto valor de um litígio, e para se desembaraçar de um processo intrincado, havia oferecido pagar do seu próprio bolso ao litigante. E indignou-se vivamente por este recusar os seus oferecimentos. Este homem de direito não podia conceber que para o litigante se tratava do seu direito e não do seu dinheiro, e não temos que dirigir-lhe uma grave censura, porque ele podia devolver esta censura à ciência”.

Objeto

A ordem jurídica brasileira lida com a proteção coletiva de direitos por meio de dois grupos de mecanismos distintos. O primeiro deles congrega as ações de controle de constitucionalidade por via de ação direta que, embora não se destinem de forma imediata à proteção de direitos subjetivos, se prestam a esse fim em muitas ocasiões, daí poder-se considerá-la uma modalidade excepcional de tutela coletiva. No segundo grupo estão as diferentes possibilidades de ações por meio das quais podem ser veiculadas pretensões subjetivas em caráter coletivo⁵.

Dentre estas últimas, centra-se o trabalho nas ações de classe (*class actions*), que são institutos processuais coletivos originários dos sistemas jurídicos de tradição *common law* que – em grande parte, graças aos estudos realizados no Projeto de Florença, divulgados no mundo inteiro pelas obras do autor italiano Mauro Cappelletti –, influenciaram, ainda na década de 70, vários estudiosos brasileiros que se detinham sobre o tema da instrumentação processual dos interesses metaindividuais.

Essa influência tornou-se concreta no Brasil e colocou o país na vanguarda do processo coletivo, com a introdução de diversos diplomas legais como a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, isso sem contar o escopo dado ao tema pela própria Constituição Federal que prevê diversos institutos processuais coletivos em seu texto.

No âmbito tributário, a processualidade coletiva não logrou êxito. Após longas batalhas judiciais, travadas quase que exclusivamente pelo Ministério Público, que impetrou várias ações civis públicas com pleitos tributários, os tribunais superiores entenderam não adequar-se o objeto de tais ações ao procedimento especificado nas leis existentes.

Agora, aliada a uma proposição legislativa que prevê alargar de modo mais sistematizado a tutela coletiva – o anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos – tramita no Senado Federal uma proposta de lei complementar visando implementar um estatuto moderno de contribuinte, denominado “Código de Defesa do Contribuinte”, trazendo também em seu bojo, o processo coletivo para o âmbito tributário.

Uma das funções primordiais desse trabalho é analisar o descompasso entre os direitos materiais que paulatinamente vêm sendo ofertados aos contribuintes pelos textos constitucionais contemporâneos, assim como pelos diplomas legais – estatutos de contribuinte – e os correspondentes direitos processuais que deveriam garanti-los da maneira mais eficaz

⁵ BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-

possível, ressaltando as lacunas sistêmicas e as propostas legislativas de preenchimento desses vazios normativos sob a ótica do direito processual coletivo.

É esse descompasso, aliás, que abre caminhos para a discussão em bases já bastante alardeadas pelos estudiosos do assunto (processo coletivo), pois, a identificação de uma “crise” na garantia de direitos fundamentais vem sempre acompanhada de indagações como: “estão os direitos indo longe demais?”, ou, “até que ponto o ordenamento deve garantir certas posições jurídicas?”, que são respondidas a contento somente quando observadas sob a ótica da legitimidade da solução que se intenta implementar.

Importância do tema

O tema base repousa sobre um dos pontos de estrangulamento identificados por Cândido Dinamarco em seus estudos sobre a instrumentalidade do processo: a problemática da admissão em juízo⁶.

Apesar da constitucionalização do processo civil coletivo, ocorrida em 1988, com a previsão, na Constituição Federal brasileira, da tutela jurisdicional dos interesses metaindividuais, através de instrumentos adequados como o mandado de segurança coletivo, ação popular, ação civil pública etc., na contracorrente da evolução histórica da tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro, surgiu, com o advento da Medida Provisória nº 1.789/1999, (reeditada sucessivamente até a numeração definitiva 2.180-35/2001), um novo regramento que vedou o cabimento de uma das ações constitucionais, a ação civil pública, para a tutela de certos interesses, dentre eles, o que chamou de “pretensões que envolvam tributos”, adicionando à Lei 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública (LACP), um novo parágrafo único, com a seguinte redação:

Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

Para os processualistas, um enorme retrocesso: vários doutrinadores opinaram pela inconstitucionalidade do texto dessa alteração legislativa, por conta do cerceamento direto do acesso ao processo coletivo, tão prestigiado no novo ordenamento constitucional⁷.

americana. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, n. 16. p. 117.

⁶ Para o autor, os pontos de estrangulamento para o acesso efetivo à justiça: o problema da admissão em juízo; modo de ser do processo; justiça das decisões e utilidade das decisões.

⁷ Por todos, MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor,

Na jurisprudência, entretanto, as vozes dessa doutrina não obtiveram guarida: o Supremo Tribunal Federal⁸, e, também, mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça⁹, afirmaram a constitucionalidade do dispositivo legal.

Esse cenário traz algumas indagações quanto à possibilidade de assentar as ações coletivas no ordenamento jurídico brasileiro, e quanto à sua instrumentalidade na área tributária, que são tomadas como hipótese de pesquisa:

1º) Como a concepção contemporânea de acesso à justiça serve de vetor para o desenvolvimento de técnicas processuais mais efetivas de solução de conflitos?

2º) A participação do cidadão pelo processo evidencia o papel político das ações coletivas?

3º) As ações coletivas podem ser úteis no “esvaziamento” da litigiosidade contida¹⁰ das relações tributárias?

4º) Há realmente necessidade de tutela coletiva no âmbito tributário brasileiro?

5º) Justifica-se a ação coletiva em matéria tributária como instrumento para esvaziar a litigiosidade contida desta seara do direito e promover o acesso à justiça?

Essas indagações circundam um eixo, a hipótese de trabalho, consistente na verificação da falta de tutela para certos tipos de direitos patrimoniais de origem tributária, devido aos seus valores irrisórios, quando observados de maneira individualizada, o que faz com que deles o ordenamento não se ocupe muito, não disponibilizando meios processuais adequadas para viabilizar sua proteção em juízo ou mesmo administrativamente. O que leva à análise da utilização das ações de classe como instrumento adequado de tutela para tais direitos. Ações de classe que, há muito, em outros ordenamentos, são utilizadas em situações semelhantes e que, hoje, servem como modelos “exportáveis”, já que proliferam em vários ordenamentos, e precisam estreitar inter-relações apropriadas, sob pena de, contraditoriamente, assegurar fortes direitos materiais amparados por fracas regras processuais. Só há direito forte com tutela forte, afinal, de nada mais vale o enunciar solene de direitos se não houver tutelas aptas a ampará-los¹¹.

patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p.135.

⁸ Decisões do STF nos Recursos Extraordinários 213.631/MG e 195.056/PR afirmaram a ilegitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública em matéria tributária.

⁹ A decisão do STJ no Recurso Especial 248.281/SP foi no mesmo sentido.

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.p. 197, assevera: “Hoje são muitos os estados de insatisfação que se perpetuam e convertem em decepções permanentes, porque as pessoas não se animam a litigar em juízo. É a litigiosidade contida ...”. Registre-se, entretanto, que o termo “litigiosidade contida” parece ter sido usado originariamente por Kazuo Watanabe.

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. In: **Le azioni a**

O objetivo geral da dissertação é identificar os fatores jurídicos e metajurídicos que influenciam a litigiosidade contida nas relações jurídico-tributárias, e o modo pelo qual as ações coletivas – no caso específico, a ação de classe –, podem viabilizar a solução efetiva dos conflitos, através de adequada tutela, retirando do limbo pretensões que hoje, pela inviabilidade de proteção processual, remanesçam esquecidos.

O ponto central do trabalho é a análise do direito processual coletivo no âmbito tributário e seu encaixe nos chamados “novos direitos do contribuinte”, que nada mais são que o reflexo da densificação de garantias constitucionais trasladadas e explicitadas em diplomas legislativos que intentam aprimorar o *status* jurídico do cidadão frente ao Poder Fiscal do Estado.

E por quê? Porque as relações jurídicas decorrentes de vínculos tributários tomaram enorme dimensão, tão grande que sua discussão não cabe mais nos estritos limites das normas processuais cíveis tradicionais, de cunho historicamente individualista.

Qual a utilidade da discussão? Várias. As mais importantes seriam a demonstração do alto custo e da baixa eficácia das soluções processuais tradicionais, e do vilipêndio hoje observado aos “pequenos direitos patrimoniais” que, reiteradamente, o Estado toma ao cidadão sem propiciar-lhe meios de, sequer, fazer-se ouvir em contraditório, tão alto o custo processual deste mister, frente à bagatela exacionada.

Antecipa-se o conhecimento, ainda que de maneira provisória, das seguintes hipóteses: a) uma ação de classe, no atual contexto brasileiro, é opção efetiva para a solução das lides tributárias de pequeno conteúdo econômico; b) a litigiosidade contida nas relações tributárias de pequeno conteúdo econômico pode ser minorada com o efetivo acesso à justiça, através de meios processuais adequados e coletivos; c) pode-se mensurar a não-solução de conflitos nas relações jurídicas objeto da pesquisa, evidenciado; de um lado, a ineficácia dos meios tradicionais de solução de conflitos; de outro, o abandono das pretensões, por inexistência de meios processuais de tutela adequados à realidade dos pequenos contribuintes; e d) os modelos de ações de classe hoje em discussão no Brasil devem ser harmonizados para terem utilidade na solução de causas tributárias, sob pena de incorrerem nos mesmos erros do passado recente, que fecharam as portas ao processo coletivo nesta seara.

tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974). Padova: Cedam, 1976. p. 207, ressalta esse escopo garantístico do direito processual contemporâneo: “*Emerge, dall’altro lato, un lento ma necessario movimento di trasformazione, che coinvolge “funditus” l’intera tematica del diritto processuale. Perfino nel campo del “garantismo”, che ha rappresentato per tanti anni ormai la nostra “fede” di processualisti, si assiste al necessario movimento verso una forma nuova, che chiamerei di garantismo sociale o collettivo, e che significa superamento, appunto, del garantismo in senso individualistico*”

Metodologia e estrutura da exposição

A análise baseia-se no estudo da teoria das ações coletivas e sua moderna utilização como técnica processual de resolução de conflitos, focando o estágio atual de desenvolvimento do instrumental processual brasileiro concernente às ações coletivas e a viabilidade de utilização dessa estratégia para ampliar o acesso à justiça tributária por meio da adequação das tutelas judiciais e administrativas hoje existentes para tanto.

Faz-se especial referência a projetos e anteprojetos legislativos que visam aprimorar a sistemática do processo coletivo brasileiro, sob a ótica da harmonização necessária para viabilizar a apreciação coletiva de pretensões de natureza tributária em juízo ou na via administrativa.

O referencial teórico é calcado na leitura da doutrina nacional e internacional que versa sobre a processualidade coletiva e sobre a proteção do contribuinte frente às administrações tributárias, numa busca de pontos de contato que permitam uma visão geral da tutela de direitos tributários como um verdadeiro sistema de garantias processuais e materiais.

Parte-se do pressuposto metodológico que a tutela processual deve ser pensada em sintonia com os direitos materiais que visa assegurar.

Há um viés pragmático na dissertação, orientado na resolução do problema tal como se apresenta: como levar pretensões tributárias “inviáveis pelo custo” a serem apreciadas pelo Estado. Para isso, não se discute um novo modelo de tutela, mas sim a adequação da já existente ação de classe (*class action*) à realidade do direito material tributário.

No capítulo 1, analisa-se a evolução histórica do conceito de acesso à justiça, sua formatação contemporânea como direito fundamental resguardado constitucionalmente, e o revestimento que tem sido dado a este tema no âmbito do direito tributário, o que leva a falar no acesso à justiça tributária como garantia do cidadão contribuinte perante o Estado fiscal.

No capítulo 2, desvenda-se um dos mais importantes escopos das ações coletivas, se não o maior: a viabilização da participação do cidadão nas decisões do Estado contemporâneo. O papel político do processo coletivo é colocado frente à “nova” concepção de jurisdição e com o que se espera de formação intelectual que capacite os juristas de hoje e de amanhã para lidar com essa insurgente realidade.

No capítulo 3, um estudo sobre as ações coletivas no mundo e no Brasil, com as

tendências hoje observadas na contextualização do processo coletivo e como os anteprojetos brasileiros de código de processo coletivo comportam-se frente a essas tendências. Breves digressões sobre o desenvolvimento histórico nacional e estrangeiro do instituto das ações coletivas também são traçadas.

No capítulo 4, uma análise de um dos problemas derivados da formação do Estado democrático e da extremada litigiosidade em que se inserem as relações sociais, comerciais e políticas e jurídicas da atualidade: a “litigiosidade contida”, conceito e técnicas para minorá-la.

No capítulo 5, uma visão sobre a necessidade de tutela coletiva dos direitos tributários.

No capítulo 6, a história da ação civil pública brasileira e do papel do Ministério Público como seu legitimado clássico é revista em perspectiva crítica que permita discutir novas formas de legitimação, mais amplas ou abertas, aptas a melhor representar os anseios do contribuinte na lide processual, administrativa ou judicial, contra a fazenda pública. Dos embates judiciais travados na seara tributária, são extraídas jurisprudências relevantes e posições doutrinárias que, ao longo do tempo, acabaram por levar à vedação da utilização desse instituto processual para a tutela coletiva de direitos tributários no Brasil.

No capítulo 7, explanação sobre a utilidade da ação de classe em matéria tributária e análise crítica das discussões doutrinárias atualmente travadas no país, que visam o aprimoramento institucional do processo coletivo.

Nas conclusões, a síntese-base dos pensamentos desenvolvidos no trabalho.

1 ACESSO À JUSTIÇA

SUMÁRIO: 1.1 Conceito contemporâneo de acesso à justiça; 1.2 Acesso à justiça é direito fundamental?; 1.3 Justiça tributária; 1.4 Acesso à justiça tributária; 1.5 Acesso à justiça tributária e processo.

1.1 Conceito contemporâneo de acesso à justiça

A justiça, desde remotos tempos, sempre foi um tema central para o estudioso do direito e também para os filósofos. Com Aristóteles (sobretudo na *Ética Nicomaniana*), e sua dicotômica sistematização (justiça distributiva: “a cada um segundo suas necessidades”; e justiça comutativa: “a cada um segundo suas obras”), o tema adquiriu clássica singularidade, mantida por séculos até São Tomás de Aquino aditar, na *Suma*, ao binômio aristotélico, a noção de justiça legal (“a cada um segundo o atribuído por lei”)¹.

Segundo explica Felix Oppenheim, a justiça é um conceito normativo que todos tentam explicar em termos descritivos, o que gera problemas metodológicos incontornáveis. Assim, a melhor coisa a fazer é considerá-la uma noção ética fundamental e não determinada².

É conhecida a concepção de justiça formal, segundo a qual as ações podem ser tidas por justas se adequadas a um sistema preexistente de lei positiva. Essa idéia preenche, em muitas formas, o ordenamento jurídico de boa parte do mundo ocidental até hoje, visto que sobre ela foi concebida grande parte dos arcabouços jurídicos que aí estão, herdados da tradição liberal.

Entretanto, nem tudo é igual ou deve ser tratado da mesma forma, como garantia outrora os códigos de inspiração napoleônica. Princípios substanciais de justiça exigem que a diferenciação se faça, e se faça sobre argumentos que levem a escolhas normativas racionais. O mesmo pensamento vale para o processo: suas regras, nesse novo contexto, devem se adequar às diferentes realidades do mundo real, que não mais comporta as velhas formas procedimentais em forma de panacéia jurídica, que tratava todos como “exatamente iguais” (formalmente iguais) perante a justiça estatal.

Indicativos dessa necessidade surgiram ainda quando os movimentos sociais e

¹ FERRAZ, Sergio. Tributo e justiça social. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **O tributo**: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 290.

² OPPENHEIM, Felix E. Verbetes “justiça”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. (Coords.). **Dicionário de política**. v. 2. 12. ed. Trad. de Carmen C. Varriale et. al. Brasília: Editora UnB, 2004. p. 661.

políticos, frente a vários vazios que as regras de mercado não supriram com as conquistas constitucionais pós Revolução Francesa e com o advento dos Estados liberais, o surgimento do Estado social dá os primeiros passos rumo à procura de igualdade material entre os postulantes no processo, coisa que o liberalismo clássico, apesar de não negar, não previa, limitando-se a pregar a neutralidade processual e a igualdade formal das partes perante o Estado-juiz.

Nesse passo, o racionalismo cedeu frente ao resgate da dimensão social do Estado e às normas protetivas que começam a aflorar em vários ordenamentos europeus, influenciando diretamente o processo, que, da extrema rigidez codicista napoleônica, reduzira os juízes a “bocas que declaram a lei”, avançando rumo a conceitos jurídicos indeterminados e à hermenêutica técnica.

O conceito de justiça, extremamente vinculado ao personalismo e ao Poder do Estado absolutista pré-revolucionário, tido por subjetivo e, por isso mesmo, afastado por regras cada vez mais positivadas, volta a ser centro das discussões filosóficas e humanísticas. Situação essa que alavanca sobremaneira o pensar sobre a Teoria da Justiça no pós Segunda Guerra Mundial, chegando ao ápice nos estudos de John Rawls e sua teoria que reaproxima de vez o direito e a moral.

No bojo dos novos direitos sociais, conflitos de toda ordem afloram, numa sociedade já extremamente complexa, industrializada e multitudinária, diferente do que se via a bem poucas gerações. A velocidade com que se alastra o desenvolvimento e, em vários países, a desigualdade, faz com que o Poder Judiciário retome lugar importante no assento estatal e legitime-se como instância de solução de conflitos.

Contudo, frente a um afluxo exorbitante de demanda por apreciação judicial, já não bastam os juízes para distribuir justiça e promover pacificação social. Outros mecanismos estatais e paraestatais mostram-se soluções razoáveis para dirimir a conflituosidade cada vez mais exacerbada da, agora, sociedade de massas.

E é a busca por novas soluções, pela celeridade das decisões num mundo que as exige assim mesmo – cada vez mais rápidas –, que o tema acesso à justiça extrapola os limites do Poder Judiciário e pede assento tanto na própria Administração Pública (processo administrativo), quanto fora do Estado: cortes arbitrais e meios de solução alternativa de conflitos (que, apesar de “paraestatais”, tem sua gênese em regramentos procedimentais provenientes de lei).

Analisando essas necessidades prementes do mundo contemporâneo, Mauro

Cappelletti e Bryant Garth, ainda nos anos 70, em estudos compilados posteriormente no livro “Acesso à Justiça”, entenderam esse “direito” (o acesso à justiça, o próprio título do livro), como um instrumento de realização de direitos fundamentais, pragmaticamente baseado na remoção de entraves de ordem formal ou material à prestação da tutela jurisdicional, visando torná-la concreta, e não meramente ideal, como constava (e ainda consta) em vários ordenamentos constitucionais.

Os passos para alcançar uma tutela jurisdicional “efetiva” são traçados nas famosas “ondas renovatórias” dos sistemas processuais – grande parte acolhida, em maior ou menor grau no direito brasileiro –, que visam combater os reflexos de três causas distintas de problemas: a pobreza econômica, a deficiência de organização representativa e os obstáculos endoprocessuais à realização dos direitos³.

Assim, notou-se que o poder jurisdicional no Estado contemporâneo, ao atuar nos casos concretos, não mais deveria estar atado às finalidades clássicas apontadas por Chiovenda – i) substitutividade e ii) atuação da vontade concreta da lei, e nem mesmo àquela indicada por Carnelutti – “justa composição da lide” nos termos do que foi regulado pelo direito. Outras finalidades são embutidas no processo, “como a pacificação com justiça, a conscientização e informação dos direitos de cidadania, a participação democrática e a preservação dos valores fundamentais individuais e coletivos, tudo isso com a possível rapidez, eficiência e eficácia”, no dizer de Nelson Schaefer Martins⁴.

Ao lado da tendência de adoção de resoluções alternativas de conflitos, o papel do Poder Judiciário passa a ser bem relevante na realização de direitos – afirmação que pode levar a crer tratar-se de uma contradição à primeira leitura –, pois, os direitos sociais, objetos de muitos conflitos, necessitam de uma esfera de conciliação e julgamento. Os direitos que promanam da liberdade e igualdade, como a cidadania, a saúde, a educação, a informação, exigem satisfação por parte de quem os espera, e obrigações por parte de quem se obriga a fornecê-los ou protegê-los⁵.

Deve-se ter cuidado para não desfocar a temática do acesso à justiça para uma perspectiva totalmente formal, pois uma coisa é falar sobre acesso ao órgão responsável pela prestação da tutela jurisdicional (programaticidade desse direito) e outra, bem mais

³ Cf. GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti**: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2005. p. 104-105.

⁴ SCHAEFER MARTINS, Nelson Juliano. Efetividade da jurisdição e princípio da eficiência na Administração Pública. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 3, p. 90.

⁵ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova

profundamente vinculada aos resultados efetivos da atuação do Estado na prestação jurisdicional, é encará-la sob o enfoque do acesso à tutela jurisdicional adequada⁶ (concretude desse direito). Ainda que multifacetada, porém, ambos os significados de acesso à justiça permeiam o ordenamento e são oriundos de um mesmo fenômeno sob análise jurídica. Mas, fica o registro forte de que não se deve entender o acesso à justiça tão somente como “ingresso em juízo”⁷.

1.2 Acesso à justiça é direito fundamental?

A noção tradicional de acesso à justiça é derivada do nascimento do Estado de direito e da concepção liberal e formalista de viabilizar o acesso a um órgão judicante para proposição de uma determinada ação em defesa de direitos meramente individuais e estritamente bem titularizados.

Com o afluxo dos novos direitos constitucionalizados após a Segunda Guerra mundial, a mudança de paradigmas políticos e sociais faz emergir a questão do acesso efetivo à justiça, agora sob enfoque não mais formalista, mas garantístico da cidadania. O acesso efetivo à justiça torna-se, assim, uma nova premissa da vida em sociedade, um canal por onde fluem todos os demais direitos que a Constituição visa preservar e que, por essa razão, deve ser o mais largo e institucionalmente sedimentado possível. Os direitos que transitam por essa via, para que sejam efetivamente garantidos, dependem dos procedimentos adotados na estrutura processual, o que traz o enfrentamento de problemas da contemporaneidade, como a litigiosidade massiva e o afluxo cada vez mais abundante de novos direitos.

Essa “constitucionalização do processo” é fenômeno observado com clareza no Brasil, presente que está em várias regras da Carta Magna nacional que tratam dos direitos e garantias fundamentais, como a proibição de a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, ou a que assegura aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, incisos XXXV e LV, respectivamente). Mesmo o processo coletivo foi levado ao direito constitucional e às discussões sobre as garantias fundamentais que estariam engendradas em seu bojo (ação civil pública, mandado de segurança coletivo etc.).

sistematização da teoria geral do processo. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 25.

⁶ Cf. LOUREIRO, Caio Márcio. **Ação civil pública e o acesso à justiça**. São Paulo: Método, 2004. p. 64.

⁷ Nesse sentido, ROSAS, Roberto. Processo civil de resultados. **Revista Dialética de Direito Processual**. São

A roupagem constitucional e garantística dada ao processo alçaram o acesso à justiça à condição de direito fundamental. A maior parte dos juristas que analisaram mais ou menos profundamente o assunto defende assim. Alguns, como Sérgio Arenhart, chegam a colocar os instrumentos de realização de direitos fundamentais – posição em que postam as ações coletivas –, também como direito fundamental, já que estes só seriam alcançados, por defesa, através daquelas. E baseia-se nas lições de J. J. Canotilho, para quem⁸:

[...] o cidadão, ao desfrutar de instrumentos jurídico-processuais possibilitadores de uma influência direta no exercício das decisões dos poderes públicos que afetam ou podem afetar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço de real liberdade e de efetiva autodeterminação no desenvolvimento da sua personalidade.

Cândido Dinamarco vai além: considera o acesso à justiça como princípio-síntese e objetivo final do processo⁹. Um supra-princípio, portanto. Ao ressaltar a importância de sua posição para o que denomina de “processo civil de resultados”, Dinamarco parece unir procedimentalismo e substancialismo num mesmo fim: o instrumentalismo, o acesso à ordem jurídica justa, já que, o direito, sem um procedimento adequado, em sistemas jurídicos como o nosso, não vinga; e, por outro lado, o processo, se aplicado de forma ritualística, também mata o direito. Outra não é a lição de Paulo Bezerra, ainda que escorada em concepção de direito natural:¹⁰

No sentido de direito inerente à natureza humana, o acesso à justiça é um direito natural. No sentido de garantia desse acesso, legitimamente efetivado pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, é um direito fundamental. Nesse sentido é que se afirma dever o processo ser manipulado de modo a propiciar às partes acesso à justiça. A doutrina atual tem chamado a esse fenômeno de acesso à ordem jurídica justa

1.3 Justiça tributária

Ao longo dos tempos, os sistemas tributários vêm sendo confrontados com exigências crescentes, muitas delas de difícil conciliação. Frente às crônicas crises fiscais, por exemplo, impõem-se, de um lado, o asseguramento de níveis arrecadatórios em patamares bem elevados; e, de outro, que as exações para tanto sejam feitas com alto nível de respeito

Paulo, n. 2, p. 110.

⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. (Coords.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 504.

⁹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. I. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 267.

¹⁰ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 120.

aos direitos constituídos dos contribuintes¹¹, ou seja: que a justiça fiscal mantenha-se, *pari passu* com a onerosidade fiscal. Segundo ressoam as lições de Ricardo Lobo Torres¹²:

Liberdade e tributo, conseqüentemente, caminham juntos no decurso da evolução do Estado Financeiro, pelo que se pode cogitar de uma liberdade fiscal: o tributo nasce no espaço aberto pela autolimitação da liberdade, constitui o preço da liberdade, pois é o instrumento que distancia o homem do Estado, e pode implicar na opressão da liberdade, se o não contiver a legalidade. O relacionamento entre liberdade e tributo é dramático, pois vive sob o signo da bipolaridade: o tributo é garantia da liberdade e, ao mesmo tempo, possui a extraordinária aptidão para destruí-la; a liberdade se autolimita para se assumir como fiscalidade e se revolta, rompendo os laços da legalidade, quando oprimida pelo tributo ilegítimo.

Dizer que o ordenamento tributário deve constituir um sistema materialmente justo implica que se constitua um verdadeiro “sistema”, entendido como um conjunto de normas articuladas entre si de maneira coerente, enfeixadas por princípios fundamentais que confirmam ao todo um sentido de justiça e lhe garantam aceitação social¹³. Esse “ideal” de justiça sempre despertou a atenção dos financistas, economistas, juristas e filósofos que assentaram as bases da teorização da justiça fiscal¹⁴. E, no Estado democrático de direito, posto que a idéia de tributação volta a se amparar na de liberdade, esta que, de certa forma, equilibra-se com a de justiça¹⁵, a análise da finalidade ética das exações e do comportamento do Poder Tributário reverbera com mais intensidade nos ordenamentos jurídicos.

A justiça é garantida primordialmente pela igualdade perante a lei, e no direito tributário, mediante a igualdade e a repartição da carga tributária. Quem quer comprovar o respeito ou a lesão ao princípio da igualdade necessita de um parâmetro de comparação

¹¹ Cf. SANTOS, J. Albano. **Teoria fiscal**. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2003. p. 353.

¹² TORRES, Ricardo Lobo. **A idéia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 2-3.

¹³ VASQUES, Sergio. **O princípio da equivalência como critério de igualdade tributária**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 70.

¹⁴ SANTOS, J. Albano. **Teoria fiscal**. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2003. p. 392-393, afirma: “Aliás, entre os contributos pioneiros para a teorização da justiça fiscal, ressaltam obras dos grandes fundadores da Ciência Económica, o que se explica pela circunstância de terem sido os economistas que começaram por emprestar profundidade científica ao estudo da actividade financeira e das suas implicações no comportamento das pessoas – recorde-se que, para [Davi] Ricardo, o ‘principal problema’ da Economia Política já era o das leis que regem a distribuição do rendimento. Hoje em dia, aliás, a questão continua a atenção de muitos economistas, particularmente daqueles que investigam o balanceamento entre os objectivos da justiça e da eficiência económica. A proeminência atribuída à justiça fiscal por um vasto rol de autores encontra uma primeira justificação na clara importância do tema num plano estritamente ético-filosófico: o dever de pagar impostos, independentemente da forma concreta e das particularidades que estes possam assumir, representa um dos vínculos mais significativos que se podem estabelecer entre o indivíduo e a sociedade, de tal modo que a justiça fiscal constitui, sem dúvida, uma condição *sine qua non* de justiça social.”

¹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. Aspectos fundamentais e finalísticos dos tributos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **O tributo: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.37.

adequado à realidade¹⁶.

O art. 5º da Constituição Federal dispõe sobre o princípio da igualdade. Ele é previsto, no entanto, de um modo que parece, à primeira vista, redundante. É que o dispositivo não só declara que “todos são iguais perante a lei”, mas, além disso, que devem sê-lo “sem distinção de qualquer natureza”, garantindo-se “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à igualdade”. Uma leitura apressada do dispositivo poderia levar ao entendimento de que a igualdade foi garantida duas ou mais vezes. Isso, porém, não ocorre. Na verdade, o dispositivo protege duas formas de igualdade: a igualdade perante a lei, também conhecida como igualdade formal; e a igualdade na lei, também chamada de igualdade material¹⁷.

Os conceitos de equidade e de igualdade formam o plexo central da política tributária em uma democracia representativa. Nesse sentido, pode-se falar de uma “demanda universal” por equidade que pode ser historicamente identificada na Magna Carta, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e na Constituição Estadunidense, que influenciaram todos os textos constitucionais modernos, os quais, em maior ou menor medida, veiculam garantias fundamentais do cidadão perante o poder tributário do Estado. Princípios de equidade e de igualdade têm poderosa influência na política e são intimamente associados com justiça, e justiça é um conceito muito alinhado à feitura de leis¹⁸.

Apesar de as modernas concepções de finanças públicas indicarem que a redistribuição de rendas opera-se de maneira muito mais eficaz pelo gasto público do que pela tributação, a Constituição compromete-se com uma ordem social mais igualitária (CF, art. 3º, III)¹⁹ e, para tanto, direciona a atividade tributária do Estado baseada em pilares como a pessoalidade e a progressividade de alguns tributos²⁰, visando, com isso, proporcionar mais “justiça tributária”.

Nesse contexto de eficiência das rendas do Estado, que sempre procura maximizar os efeitos de seus gastos públicos, a má estruturação do processo tributário, tanto

¹⁶ TIPKE, Klaus. *Moral tributária del Estado y de los contribuyentes*. Trad. Pedro M. Herrera Molina. Madrid: Marcial Pons, 2002. p. 30.

¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 73-74.

¹⁸ Cf. STEUERLE, C. Eugene. And equal (tax) justice for all? In: THORNDIKE, Joseph J.; VENTRY JR., Dennis J. (Eds.). *Tax justice: the ongoing debate*. Washington: The Urban Institute Press, 2002. p. 253-278.

¹⁹ BRASIL, Constituição Federal. Art. 3º “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

²⁰ BRASIL. Constituição Federal. Art. 145, § 1º “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

administrativo quanto judicial, é um sobrepeso na economia, gera ineficiências sistêmicas e custos governamentais das mais variadas espécies, além de, no aspecto ideológico, impossibilitar o alcance de objetivos republicanos, pois afeta diretamente várias características que se pode esperar de um sistema tributário “ideal”, “justo”, tal como definido por Fabio Giambiagi e Ana Cláudia Além²¹:

Há alguns pré-requisitos a serem considerados para que possamos definir um sistema tributário como “ideal”. Em primeiro lugar, a distribuição do ônus tributário deve ser eqüitativa, ou seja, cada um deve pagar uma contribuição considerada justa. Em segundo lugar, a cobrança dos impostos deve ser conduzida no sentido de onerar mais aquelas pessoas com maior capacidade de pagamento. Em terceiro lugar, o sistema tributário deve ser estruturado de forma a interferir o minimamente possível na alocação de recursos da economia, para que não cause ineficiência no funcionamento do sistema econômico. Por último, a administração do sistema tributário deve ser eficiente a fim de garantir um fácil entendimento da parte de todos os agentes da economia e minimizar os custos de fiscalização da arrecadação.

A questão do dever fiscal há de se ajustar ao princípio da universalidade do imposto, dentro de um ambiente de justiça fiscal, de tal modo que, efetivamente, seja assegurado a todos os indivíduos o justo peso da tributação, assim como aos demais integrantes da comunidade social²². Se esse ideal de justiça não for um objetivo claro, se a política jurídica não orientar as leis por princípios adequados à matéria, causará, além das injustiças, outras conseqüências negativas, como alerta Klaus Tipke²³:

No lugar do direito justo, racional, compreensível, claro e razoável coloca-se um direito injusto, arbitrário, particular, lacunoso, contraditório, incompreensível e complicado que – se sequer possível – é de difícil ensino e estudo.

E, no direito tributário, a conseqüência mais imediata de um direito tendencioso, injusto, é sepultar a credibilidade do Estado e de seu aparato fiscal, jurídico e político.

Se não é certo dizer que o financiamento funcional do Estado opera-se exclusivamente pela arrecadação de tributos, é indubitável que estes ocupam papel proeminente na estruturação das receitas públicas²⁴, e, como tal, é de se esperar que o estatuto jurídico regulamentador dessa atividade e os princípios que deste estatuto tributário emanam

²¹ GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Cláudia. **Finanças públicas: teoria e prática no Brasil**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 17-18.

²² NOGUEIRA, Alberto. **A reconstrução dos direitos humanos da tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 149.

²³ TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 22, realça que: “O conceito indeterminado da justiça é concretizado num primeiro nível como segue: justiça por meio de tratamento isonômico; tratamento isonômico segundo um critério adequado à matéria; justiça social – tributação socialmente justa com base num princípio adequado à matéria, que somente pode ser sacrificado por princípios de mesmo valor”.

²⁴ ESTEVAN, Juan Manuel Barquero. **La función del tributo en estado social y democrático de derecho**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 59.

irradiem efeitos em todo o sistema jurídico. Daí se poder falar que igualdade, isonomia e equidade devam ser bastante influentes, também, no norte processual e procedimental da relação entre o fisco e os cidadãos que sustentam o gasto público.

Os princípios de igualdade e de isonomia tributários também refletem na processualística, direcionando a atividade estatal para acolher pretensões, seja de natureza judicial, seja de natureza meramente administrativa, de forma ampla. Todos os segmentos sociais e econômicos devem ter assentos constitucionalmente assegurados para, se entenderem, defender-se contra as pretensões tributárias do próprio Estado. Nesse sentido, pode-se falar de acesso à justiça tributária.

1.4 Acesso à justiça tributária

As conseqüências do desenvolvimento do Estado pode ser vislumbrada quando da passagem da legalidade formal (liberal), para a legalidade democrática: primeiro, aumenta a participação dos contribuintes na defesa do *quantum* a ser exigido de cada um e no controle das despesas; segundo, intensifica-se o cerrado controle da tributação, em duas vertentes, a saber, o controle da legalidade e o dimensionamento do “custo tributário por pessoa e por empresa” (capacidade contributiva)²⁵. Essa busca de “justiça” tributária reflete diretamente nos postulados constitucionais contemporâneos, que se tornam permeados de novas garantias do cidadão perante o Estado fiscal.

No Brasil, como já dito, o direito fundamental de acesso à justiça está impregnado na dicção constitucional do art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ou seja, se o ordenamento não propicia meios processuais para essas lesões, por mais ínfimas que sejam, não possam ser reparadas, tem-se apenas um arremedo de garantia aos cidadãos, uma mera formalidade programática que sempre adia a concreção da norma para um futuro incerto e dependente da vontade do legislador.

Somente através da previsão de meios processuais adequados à tutela dos direitos materiais a que se referem é possível implementar as bases firmes do mandamento constitucional fundamental expresso nesse art. 5º, LV, cujo escopo, analisa Sérgio Arenhart²⁶:

²⁵ Cf. NOGUEIRA, Alberto. **A reconstrução dos direitos humanos da tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 186 e ss.

²⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo:

Efetivamente, quando se diz que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a lesão de direito, não se pode pretender interpretar essa regra de maneira simplista, com o sentido de que a vedação limita-se à previsão de regras que impeçam ao jurisdicionado, diretamente, queixar-se perante a Justiça brasileira. Isto porque seria muito fácil burlar esta regra (se tivesse apenas este sentido), prevendo expedientes que, embora não impedissem o acesso ao Judiciário, tornariam isto muito difícil, custoso ou demorado. Indubitavelmente, estas regras também impedem, ainda que de forma indireta, o acesso à justiça, na medida que tornam isto praticamente impossível (ainda que em tese viável).

Ou seja: não pode o legislador infraconstitucional impedir ou apresentar óbice injustificável ao exame de pretensões pelo órgão jurisdicional²⁷. No âmbito da tributação, os direitos harmonizam-se com os deveres, integrando-se no esquema “direitos/deveres”, à semelhança de outras categorias de direitos de terceira geração²⁸. E essa integração há de ser plena, não se permitindo ao ordenamento lacunas onde as pretensões tributárias injurídicas não possam ser repelidas por ações próprias, pois, se o Estado por um lado impõe aos cidadãos o dever de sustentar seus gastos, estes, de modo reflexo, devem amparar-se em direitos de defesa frente a essas exações.

Direito de defesa esse que, diferentemente do que se possa imaginar, não é tão amplo como parece, pois o positivismo jurídico se encarregou de formatá-la rigidamente, de tal sorte que a exigência do tributo, sendo dever do cidadão, somente pode ser por este repelida se, sob o aspecto formal, não se ajustar aos cânones da lei²⁹. O que é mais um motivo para que as garantias processuais sejam fortemente observadas no campo tributário, afinal, o problema fundamental da tributação tem sido sua adequação à justiça, à certeza e à segurança, valores sem os quais os impostos serão força, mas não serão direito³⁰.

Klaus Tipke ressalta a necessidade de normas procedimentais que permitam a igualdade na aplicação da lei. Para o jurista alemão, o princípio da igualdade abarca uma exigência de caráter duplo: que o direito material se ajuste ao princípio da igualdade; e que o direito formal ou procedimental torne possível a aplicação da igualdade na aplicação do

Revista dos Tribunais, 2007. p. 222.

²⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Legitimidade processual e legitimidade política. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 103.

²⁸ Cf. NOGUEIRA, Alberto. **A reconstrução dos direitos humanos da tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 178-179.

²⁹ *Ibid.*, p. 141-142, para quem “A concepção do tributo como um dever do contribuinte tem sido frequentemente defendida como uma forma de torná-lo, por sua própria natureza, justificável e sobretudo, inquestionável”.

³⁰ CAMPOS, Diogo Leite de. A jurisdicização dos impostos: garantias de terceira geração. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **O tributo**: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 87.

direito material³¹. Vê-se que, no direito tributário em sentido amplo (material e processual), o princípio da igualdade imbrica-se com pilares processuais, sobre os quais irradia forte influência.

Assim, pensar na igualdade da aplicação do direito material como realidade é vislumbrar o processo sob o enfoque do acesso à justiça, pois é o acesso à justiça, especialmente quando empregado como sinônimo de “acesso à tutela jurisdicional adequada”, nos moldes empregados pela moderna doutrina processual, que implica um processo valorado, com forte carga axiológica, que rompe com as ideologias tradicionais da ciência processual, eis que o processo deixa de ser um fim em si mesmo, passando a ser visto como um instrumento comprometido com a plena realização do direito, com um resultado efetivo e útil, com um escopo não só jurídico, mas social e político também³².

No direito processual tributário, a leitura do princípio da igualdade exige tratamento uniforme e equiparação de armas entre contribuintes e Estado, no que muito se aproxima do princípio do acesso à justiça.

Se a justiça tributária é um pressuposto moderno da constitucionalidade, e se cabe ao Estado proporcioná-la, leis processuais que deixam ao relento pretensões patrimoniais, por mais irrisórias que possam parecer, confrontam essa diretriz, e tornam, pela forma, inócua a matéria que o Constituinte originário tanto quis preservar. Se o processo, nesse ponto, é injusto, nenhuma lei justa versada em seu procedimento pode prosperar.

Se o ordenamento jurídico calca-se em valores e princípios que fomentam uma verdadeira participação democrática do cidadão nos rumos do Estado, o acesso à justiça, a despeito de nunca ocorrer de maneira irrestrita (o que pode ser vislumbrado apenas como um ideal), serve pelo menos de fator de diminuição de desigualdades³³. Entretanto, labuta em erro quem entende o princípio de acesso à justiça como abertura de inúmeras portas para o Poder Judiciário. É bem mais que isso, aliás, nem com isso confunde-se: acesso à justiça não é simplesmente acesso ao Poder Judiciário.

Sob a estreita análise da “aberturas de caminhos”, contudo, são vislumbrados inúmeros mecanismos que possibilitam maior exercício da cidadania e ampliam a tutela de direitos relegados aos esquecimento tão-somente pela falta de meio adequado para que se façam ouvir pelo Estado, seja no Poder Judiciário, seja nos diversos órgãos que compõem o

³¹ Cf. TIPKE, Klaus. **Moral tributária del Estado y de los contribuyentes**. Trad. Pedro M. Herrera Molina. Madrid: Marcial Pons, 2002. p. 78.

³² Cf. LOUREIRO, Caio Márcio. **Ação civil pública e o acesso à justiça**. São Paulo: Método, 2004. p. 97-98.

³³ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito.

Executivo.

Dentre esses mecanismos, o processo administrativo coletivo, juizados especiais que absorvam causas tributárias, advogados públicos de contribuinte, ouvidorias tributárias etc., todos reunidos numa sistemática que alargue a participação popular no encaminhamento das políticas tributárias, na fiscalização das exações e no robustecimento dos direitos materiais de defesa do contribuinte.

Ampliar o acesso ao Poder Judiciário, de forma isolada das demais soluções, como já dito, apenas transferiria o problema para os tribunais. A procura de soluções exige do legislador e do administrador público soluções inovadoras no sentido de “esvaziar” o problema e não, simplesmente, transferi-los aos juízes.

O cidadão não pode ser alijado de meios processuais efetivos ao litigar contra o Estado, e este, por seu turno, deve garantir tais meios, assim como aperfeiçoar seus mecanismos administrativos para evitar o assoberbamento de demandas judiciais. Assim funciona, ou se deve esperar que funcione, a democracia. O direito não resiste aos fatos, mas, quando comodamente assentado em procedimentos ineficientes, resiste às necessidades.

A procura de soluções extrajudiciais (o que não impõe, em absoluto, soluções paraestatais) há de ser prestigiada, sob pena do descrédito de qualquer modificação de relevância que venha a ser tentada de maneira isolada. Para tanto, basta observar o que vem acontecendo recentemente com o sistema nacional de proteção ao consumidor, que, a despeito de vários pontos de solução implementados nos últimos anos não vem sendo suficiente para atender as demandas de uma sociedade cada vez mais litigiosa. O número de lides que aportam nos juizados especiais cíveis não para de crescer e a prestação jurisdicional começa a tomar contornos de lentidão nunca antes querida ou prevista.

É um problema que exige análises no sentido de inovar soluções processuais ou paraprocessuais, visto que o aumento do número de juízes ou de conciliadores, enfim, da estrutura judiciária para tal mister enfrentaria severas restrições orçamentárias num país como o Brasil, onde há necessidades básicas ainda mais prementes do que a célere prestação judiciária, e, por isso mesmo, ávidas por recursos sempre escassos.

1.5 Acesso à justiça tributária e processo

Em suma, invariavelmente, o termo “acesso à justiça” é utilizado pelos estudiosos

para expressar uma vasta gama de situações procedimentais e materiais inerentes ao direito, o que dificulta uma delimitação mais precisa do seu significado para as disciplinas jurídicas. O que não impede, como o faz parte da doutrina, de analisá-lo sob aspectos mais intrinsecamente ligados à temática processual, quais sejam: o foco sobre a exclusão econômica e cultural que leva muitas pessoas a abrir mão de direitos ofendidos, sem procurar composição administrativa ou judicial, simplesmente porque desconhecem garantias que lhes são possibilitadas pelo sistema jurídico; e o foco sobre a composição massiva de lides por meio de ações coletivas³⁴.

A justiça tributária possui um estreito liame com o direito processual. Não basta mais a previsão de princípios e formalidades constitucionais. Na lição de Klaus Tipke, não é suficiente que as leis tributárias cuidem de uma repartição isonômica da carga tributária. Que “todos são iguais perante a lei” significa também que as leis fiscais devem ser aplicadas isonomicamente. E assim, tanto na aplicação quanto na defesa dos direitos materiais expressos nas leis tributárias, o legislador, que promulga dispositivos fiscais materiais, deve sempre ter o cuidado de instituir dispositivos procedimentais que possibilitem a imposição do direito material³⁵.

O escopo de acesso à justiça, quando trazido para o âmbito do direito processual tributário, extrapola os limites deste, no sentido de incutir no legislador maior interesse pela busca de instrumentos que viabilizem soluções de conflito de maneira mais célere e menos onerosa tanto para o fisco quanto para o cidadão³⁶.

A análise do acesso à justiça tributária, vistas suas motivações históricas e principiológicas, carece de aproximar mais o foco sobre o modo de ser das normas tributárias e como elas fazem aflorar litígios em larga escala, para poder melhor compreender o problema e vislumbrar soluções.

³⁴ Análise de modo idêntico a feita por NEGRÃO, Ricardo. **Ações coletivas**: enfoque sobre a legitimidade ativa. São Paulo: Leud, 2004. p. 81.

³⁵ TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 25.

³⁶ Instrumentos estes denominados acauteladores de conflitos, ou métodos alternativos de solução de conflitos, que, a despeito de se depararem com uma barreira robusta, verdadeiro dogma no palco tributário, a saber: a indisponibilidade da obrigação tributária, têm tudo para, cada dia mais, atrair a atenção de estudiosos voltados para o desenvolvimento de inovações significativas que possam tornar mais eficaz a Administração Tributária e menos litigiosa a tormentosa relação Estado-contribuinte. É o que se passa, por exemplo, com os meios alternativos para a solução de conflitos tributários, que são assim considerados em comparação à via usual de composição de litígios – a ação judicial – e compreendem, especialmente: a denúncia espontânea, a compensação, o parcelamento, a consignação em pagamento, a anistia, o processo administrativo tributário, a transação, a arbitragem, a mediação e a conciliação (estes três últimos ainda não permitidos no ordenamento

2 CIDADANIA PELO PROCESSO: O PAPEL POLÍTICO DA AÇÃO COLETIVA

SUMÁRIO: 2.1 O exercício da “nova” jurisdição; 2.2 A participação do cidadão pelo processo; 2.3 A importância política das ações coletivas; 2.4 Ataques ideológicos às ações coletivas; 2.5 Formação crítica do operador do direito no contexto do processo coletivo; 2.6 A importância do estudo da *common law*; 2.7 Novas perspectivas de formação dos juristas em tema de ações coletivas.

2.1 O exercício da “nova” jurisdição

No último quarto do século XX, o Brasil voltou à democracia, o que trouxe novidades normativas capitaneadas pela nova Constituição de 1988. Uma das maiores revoluções ocorridas neste contexto foi o aporte ao ordenamento jurídico das ações coletivas, cujo exemplo veio das *class actions* – ações de classe – norte-americanas. Note-se, a princípio, que estes novos remédios processuais não foram fruto de qualquer interesse social organizado a tal fim, mas, sobretudo de estudos de direito comparado de acadêmicos paulistas, que, influenciados, não por autores norte-americanos, mas por autores italianos que, na Europa, propagavam as idéias daqueles, propuseram-se a corrigir o que consideravam falhas do ordenamento processual-civil brasileiro, notadamente no que concernia ao trato dos conflitos metaindividuais

A partir, principalmente, da Lei federal nº 7.347/85 – Lei de Ação Civil Pública (LACP) editada, portanto, poucos anos antes da nova realidade constitucional, e ainda dentro de um regime de exceção de direitos, mesmo inserto num contexto histórico estritamente individualista, passou nosso ordenamento a, também, reger relações oriundas de interesses coletivos.

Este novo modelo processual, avançado e baseado em paradigmas de participação popular bastante acurados, não tardou a chocar-se com a realidade de exclusão de direitos em que o país estava imerso. Situação esta que, infelizmente, perdura até hoje. O alcance da LACP, entretanto, foi potencializado pelo vasto conteúdo programático da Constituição Federal de 1988, assim, uma lei que nascia sem muitas pretensões, mais uma num mar de ineficácias, foi recepcionada, apenas três anos depois de seu nascimento, por uma nova roupagem constitucional que dava, principalmente ao Ministério Público, um de seus legítimos titulares, suporte jurídico efetivo para exercer suas funções constitucionais.

As reações e o conflito político não tardaram a acontecer, pois, em pouquíssimo tempo, entidades e associações, atores da sociedade civil, foram levados ao palco da

participação democrática pelo processo. Se mais alguns passos fossem dados rumo à sedimentação dessas ações coletivas, os poderes políticos, em breve, poderiam ser direta e massivamente confrontados nos tribunais por “gente do povo”.

O Poder Judiciário não tardou a se mostrar por demais conservador com o novo instituto; o Poder Executivo, compelido, como réu, em inúmeras ações coletivas, tentou restringir o alcance destas; e o Legislativo, a reboque, efetivou várias restrições legais a este instituto alienígena, importado de um país da *common law*, sem suficientes ou mais aprofundadas discussões. Em verdade, parece que a realidade política nacional chocava-se com o alcance dessas ações, que, se postas em mãos realmente “populares”, poderia transformar-se em instrumento efetivo de acesso à justiça para a garantia de direitos constitucionais.

Nos últimos anos, enquanto a doutrina processualista discute os avanços e retrocessos das leis que dizem respeito a ações coletivas (outras foram editadas posteriormente, como o Código de Defesa do Consumidor – CDC), focando muito, ainda, seu aspecto formalista, o escopo maior da crítica que deveria ser posta, ainda não é muito explorado pelos analistas do direito: o confronto que se dá no plano político e os reflexos constitucionais que certas normatizações, como as das ações coletivas brasileiras, poderiam trazer em termos de efetivação de direitos e de participação democrática no país.

Para a transformação do conceito de jurisdição, com vistas a torná-la compatível com as exigências atuais, é necessário envolver-se com questões políticas, sem as quais, seria ilusório pensar em transformação da realidade ou do direito¹, e, dentre as diversas atividades compreendidas no conceito de jurisdição constitucional, Walber Agra relata o “controle dos poderes públicos para que possam atuar com eficiência e atender ao bem comum da sociedade”². No que se assemelham, também, as idéias de Lenio Streck³ e parte da doutrina constitucional brasileira.

É nesse contexto, principalmente de controle de políticas públicas, que a participação democrática pelo processo parece enraizar-se no ordenamento. E como participação, nada mais normal que a roupagem das ações garantidoras destes processos seja eminentemente coletiva.

¹ Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 305-306.

² AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 20.

³ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 21.

Para designar direitos fundamentais cuja fruição é dependente da índole normativa estatal, como é o caso das garantias processuais-constitucionais (direito de acesso à justiça, direito de proteção jurídica, direito de defesa), a doutrina contemporânea fala em direito à organização e ao procedimento – *Recht auf Organization und auf Verfahren*⁴ –, onde se pode encaixar a utilidade das ações coletivas como normas instrumentais garantidoras do acesso à democracia participativa⁵: ativar a voz do cidadão no processo de tomada de decisões estatais, nem que seja para redirecioná-las.

É nesse contexto de uma “nova” jurisdição que Lenio Streck, entretanto, clama pelo combate ao liberalismo e ao procedimentalismo, que se erigiram obstáculos à substancialização dos valores erigidos na Constituição, mostrando que o modo de produção do direito liberal-individualista-normativista está esgotado, e que a crescente complexidade social e o crescimento dos direitos transindividuais reclamam novas posturas dos operadores jurídicos⁶.

A crítica de Streck ao procedimentalismo, porém, não é dirigida contra os valores assecuratórios do processo coletivo, ao contrário, reforça-os como meios eficazes da luta democrática para a implantação de promessas modernas contidas no bojo de uma Constituição dirigente como a brasileira, o que impõe que os procedimentos sejam transbordados pela leitura efetiva e transformadora das normas que instrumentaliza, ultrapassando o mero formalismo dogmático.

2.2 A participação do cidadão pelo processo

O uso das ações coletivas tornou-se um instrumento de política e de influência na gestão de políticas públicas. Significa também que elas se tornaram um instrumento de luta política, informadora e formadora da opinião pública, e não apenas da implementação de direitos patrimoniais⁷.

Segundo Francisco Lima, o problema do acesso à justiça passa mesmo por uma

⁴ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 8.

⁵ CAMPOS, Hélio Sílvio Ourem. O desenvolvimento globalizado e o Brasil. A reconstrução de um processo. **Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**. Recife, n. 17, p. 32, afirma o caráter enérgico e analítico da democracia participativa, a exigir, para sua implementação, “uma vanguarda de educação, auto-estima, trabalho e responsabilidade”.

⁶ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004b. 919 p.

⁷ MACEDO JR., Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social e os princípios. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos**: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 565.

questão política, pois implica manifestação de cidadania do jurisdicionado, participação ativa perante uma função estatal, dentre as quais se inclui a jurisdicional. Para ele, direito político é mais do que a aptidão formal para votar e ser votado, é direito à participação, direito à manifestação da atividade democrática⁸. Ao analisar a cidadania e o exercício da jurisdição, aduz⁹:

Ninguém pode dizer encontrar-se no efetivo gozo da cidadania se suas necessidades básicas não são satisfeitas e, muito menos ainda, se não detém meios apropriados para rebater as ofensas aos interesses mais primários da sobrevivência ou para reivindicar do Estado o cumprimento de sua parte no pacto social historicamente celebrado entre os indivíduos, de que resultou a entidade estatal. Portanto, não basta apenas ser detentor do status formal da cidadania: urge seu exercício, os meios de exercitá-la, de participar das decisões do Estado.

Arremata seu pensamento com a importância do aspecto processual para instrumentalizar os meios necessários à postulação ao Estado para a efetivação de direitos, muitas vezes conferidos gratuitamente, por pura demagogia, a diversos segmentos sociais e, solenemente, de fato, negados aos seus destinatários. Alerta, contudo, que o processo, como modalidade de controle social, também é instrumento para o próprio Poder, pois não raro, é utilizado para impedir o cidadão a postular eficazmente contra o próprio Estado: procedimentos ineficazes, recursos protelatórios, vedação a certos meios processuais *etc.*¹⁰

Nessa direção opina também Sérgio Arenhart, para quem¹¹⁻¹²:

A ampliação no uso das demandas coletivas para a proteção de interesses frente ao poder Público torna-se, então, mecanismo de participação da sociedade na administração da coisa pública. Nesse passo, as demandas coletivas acabam assumindo o papel de verdadeiro instrumento de democracia participativa, servindo para extravasar as diversas orientações populares sobre os rumos a serem adotados pelo governo nacional.

A análise da participação democrática através do processo não é tema dos mais novos, mas, entre nós, pode-se perceber a nítida influência do direito norte-americano, por conta da relevância contemporânea do estudo das *class actions*, e, também, pela tendência do direito administrativo moderno em agregar a participação popular como decisiva à própria

⁸ Cf. LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo**: sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 96-98.

⁹ *Ibid.*, p. 99.

¹⁰ *Ibid.*, p. 107.

¹¹ ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 504.

¹² Ainda nesse mesmo sentido, Cf. GUIMARÃES, Márcio Souza. Aspectos coletivos das relações de consumo: interesses transindividuais e o Ministério Público. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 18, p. 153: “Os denominados interesses transindividuais estão posicionados entre o público e o privado, na categoria dos interesses sociais, consoante o fenômeno da descentralização social, em que a sociedade de massa passa a influenciar na gestão estatal – é a denominada gestão participativa”.

legitimação da ação administrativa¹³, o que se verifica, nos EUA, pela importância do procedimento como resguardo da vida em sociedade. No Brasil, a despeito da importação dessa figura processual sem o debate profundo de seu alcance, a importância política das ações coletivas continua como tema a ser desenvolvido principalmente para a compreensão do acesso ao poder de decisão pela participação democrática efetiva via jurisdição.

Américo Freire Jr. ressalta, também, que os processos coletivos, não raro, levam a juízo causas que Ronald Dworkin denomina *hard cases*, e que provocam a necessidade do intérprete qualificado (juiz) dimensionar qual a solução adequada para o litígio. Essa complexidade exigiria maior abertura do procedimento e seria plenamente compatível com figuras como a *amicus curiae* e a realização de audiências públicas, democratizando a participação no processo e permitindo ao juiz que, “ao analisar a questão coletiva não seja seduzido por parte da realidade transportada nos autos, mas possa sopesar as questões postas ouvindo um maior número de opiniões de pessoas que também serão alcançadas pela decisão no processo coletivo”¹⁴.

2.3 A importância política das ações coletivas

Segundo o pensamento de Antonio Gidi, os estudiosos do direito que se deixam enfeixar somente pelos códigos, pela doutrina e pela jurisprudência deixam-se envolver inconscientemente numa atitude de servidão ao Poder, servidão ao direito posto como instrumento de dominação. Isso porque o direito não se limita às leis, estando latente na sociedade, impregnado nas atitudes comuns da vida. Para o autor¹⁵:

A missão da dogmática é meramente normativa, disciplinadora da conduta humana em sociedade. O que certos juristas não se dão conta é que a dogmática está impregnada de elementos políticos. A abstração desse fenômeno desvirtua a dogmática e conduz o estudioso a uma inconsciente postura reforçadora das instituições vigentes.

Já Eduardo Appio enxerga nas ações coletivas uma importante função política nos casos em que são promovidas contra o Poder Público, buscando o cumprimento de deveres sociais previstos na Constituição¹⁶.

Outra não é a posição de Cândido Dinamarco, ao definir o escopo político do

¹³ Cf. MASTRANGELO, Claudio. **Agências reguladoras e participação popular**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 104.

¹⁴ FREIRE JR., Américo Bedê. Os poderes do juiz nas ações coletivas e breves sugestões de lege ferenda ao aprimoramento do processo coletivo. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 117, p. 132-134.

¹⁵ GIDI, Antonio. A dimensão política do direito de ação. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 60, p. 197.

¹⁶ Cf. APPIO, Eduardo. **A ação civil pública no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 19.

processo, através do qual, permite-se concorrer para a estabilidade das instituições políticas e para a participação dos cidadãos na vida e nos destinos do Estado¹⁷:

Eis um importantíssimo aspecto positivo do exercício da jurisdição, erigindo-se a estabilidade das instituições estatais em relevante escopo do processo.

Por outro lado, sendo a participação política um dos esteios do Estado democrático, as nações modernas têm consciência da importância de realçar os valores da cidadania – premissa essa que repercute no sistema processual mediante a implantação e estímulo a certos remédios destinados à participação política.

No mesmo sentido: Hamilton Alonso Jr., que vislumbra grande papel político dos tribunais na seara das ações coletivas¹⁸; Alexandre Gavronski, que vê em xeque a clássica divisão de poderes quando se questiona em juízo a adequação de determinadas políticas públicas, como corriqueiramente ocorre nos julgamentos de ações coletivas¹⁹; Paulo Fontes que, apesar de enxergar uma excessiva “prudência” – conservadorismo – na jurisprudência brasileira, indica traços de redução da discricionariedade do Poder Executivo pelos tribunais, o que indicaria interpenetração dos três poderes e fronteiras não muito precisas entre eles²⁰; e Mauro Cappelletti, para quem o Poder Judiciário deve escolher entre permanecer atado à concepção tradicional dos limites da função jurisdicional, ou elevar-se ao nível dos outros poderes, tornando-se o “terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”²¹.

Assim, urge, para a preservação da jurisdição estatal, de modo a assegurar-lhe o papel democrático, que se abandone a separação de poderes, vislumbrada como ideologia liberal, ultrapassado pela história e, agora, confrontada com a premência das novas necessidades sócio-políticas da pós-modernidade²².

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. I. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 148-149.

¹⁸ Cf. ALONSO JR., Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 212.

¹⁹ Cf. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da lei de ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 31.

²⁰ Cf. FONTES, Paulo Gustavo Guedes. A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: estudo analítico de suas possibilidades e limites. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 480.

²¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. de Carlos Alberto A. de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993. p. 47.

²² Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 318.

2.4 Restrições ideológicas às ações coletivas

Vistas num contexto de acesso à justiça e de participação democrática, as ações coletivas assumem nítido papel político. Assim, importa observar como, neste cenário, aqueles que compõem o Poder Legislativo – os partidos políticos – comportam-se frente a um instituto jurídico-processual de feições nitidamente sociais, não liberais.

Nos EUA, Owen Fiss analisou a teoria política das ações coletivas asseverando que os processos judiciais de iniciativa particular também poderiam servir a propósitos públicos onde “o cidadão favorece o interesse público por meio da procura de fins privados”²³, entretanto, esse “fim social” das ações coletivas foi duramente combatido, lá, de maneira acentuada nas décadas de 70 e 80, por uma orquestração política visando enfraquecer a figura do *private attorney general*, e, conseqüentemente, das *class actions*, o que culminou com a negativa da Suprema Corte em alterar regras conservadoras sobre honorários advocatícios para processos judiciais de interesse público, e, por parte do Congresso e da própria Casa Branca, com restrições às organizações de assistência judiciária custeadas pelo governo²⁴. Segundo o autor, também²⁵:

A difusão do conceito de *private attorney general* e, portanto, do conceito de *class action* foi mais intensa durante os anos 60 e na época da *Warren Court*. Nos anos 70 e 80, a direita passou a comandar a política e o direito norte-americanos e, nesse contexto, a *class action* tornou-se alvo freqüente das forças conservadoras.

[...]

Os propósitos sociais da *class action* podem, indubitavelmente, justificar essa estranha forma de representação, mas seria um erro ignorar ou negar sua própria singularidade e o fato de que ela opõe-se aos valores individualistas que permeiam nosso sistema jurídico. Reconhecidamente, foi conferida uma expressão dramática a esses valores na América durante as décadas de 70 e 80, quando experimentamos um renascimento do capitalismo ortodoxo e do liberalismo clássico – a mais individualista de todas as ideologias – mas este desenvolvimento pode ser apenas uma questão de ênfase. Os valores individualistas que a *class action* questiona estão, todos, presentes no direito norte-americano, talvez no direito de todos os países, e, por bem ou por mal, sempre exercerão uma influência contendoras sobre a grande tentação dos reformadores sociais no sentido de criarem instrumentos que possam melhor servir a seus fins.

Luís Barroso transpõe para o Brasil a análise da tendência política restritiva do uso de ações coletivas, fazendo um paralelo com os EUA. Para ele, nos dois países, embora

²³ FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Trad. de Daniel Porto G. da Silva; Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 235.

²⁴ Cf. CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Ação civil pública**. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 89-90, a postura restritiva da Suprema Corte mereceu, já na década de 70, os reparos de Cappelletti, que lamentava as tendências que pareciam querer estancar o fluxo de inovações representado pela sistemática e pela técnica das *class actions*, importantes não só para os EUA, mas para o mundo inteiro.

²⁵ FISS, *op. cit.* p. 248-249.

por motivações diferentes, realmente a legislação dos últimos anos tem exibido uma tendência restritiva. No caso americano, como uma reação conservadora e sob a alegação de que os grandes beneficiários do sistema seriam os advogados. No caso brasileiro, como uma reação do Poder Público, que em múltiplas situações é réu nesse tipo de ação²⁶.

Merece comentário, entretanto, a questão posta por Barroso no que se refere aos advogados como beneficiários diretos das ações coletivas, em virtude dos vultosos honorários que podem gerar essas ações. É questão antiga, já enfrentada por Mauro Cappelletti, para quem, o perigo no uso da ação coletiva, não está na abertura para que escritórios de advocacia abusem do instituto com intuito meramente financeiro, mas sim na conformação legislativa da representatividade adequada, que merece toda a atenção normativa, visando esboçá-la de maneira robusta e articulada com os fins do processo coletivo²⁷.

Antonio Gidi, confrontado diretamente sobre esse problema em entrevista ao jornal italiano *Corriere de la Sera*, disse ser preferível correr o risco da possibilidade do mau uso da ação coletiva pelos advogados ou outros legitimados ativos, do que não contar com esse meio processual²⁸.

Se nos EUA, a reação conservadora teve origem bem identificada, o Partido Republicano; no Brasil, mesmo após o fim do governo de Fernando Henrique Cardoso, a condução política do assunto não avança muito. O Projeto de Lei Ordinária Federal nº 5.100, de 2005, aprovado na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, da Câmara dos Deputados, em 1º de agosto de 2005, de autoria do Deputado Federal Maurício Rands, do Partido dos Trabalhadores, é tímido na tentativa de alargar o alcance das ações coletivas²⁹.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, n. 16. p. 138.

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. In: **Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio** (Pavia, 11-12 giugno 1974). Padova: Cedam, 1976. p. 219-220, afirma: “*Ma il punto che io vorrei aggiungere è che, quando si parla di rischi, di pericoli, di abusi di questo tipo di azioni, non si deve intendere soltanto il tipo di pericoli menzionato da Rodotà. Si deve invece intendere qualcosa di molto più importante, e cioè si torna a quel problema, discusso nel mio intervento di ieri, della adeguata rappresentatività. Il pericolo più reale c’è invero quando il soggetto, persona fisica o no, che sta in giudizio a tutela, o in rappersentanza, di un interesse collettivo, non è adeguatamente rappresentativo del grupo a cui fa capo quell’interesse collettivo, cioè quando il ‘champion’, il paladino, è un falso paladino, inabile, insufficientemente informato e ‘motivato’, non serio, insomma quando, per un verso o per un altro, egli è la ‘parte ideologica’ sbagliata, incapace di portare fino in fondo la battaglia per la collettività*”.

²⁸ GIDI, Antonio. Cause collettive, un modello esportabile. *Corriere della Sera*. Milano, 28 de fev. 2004. p. 27. (Entrevista). Disponível em http://archiviostorico.corriere.it/2004/febbraio/28/Cause_collettive_modello_esportabile_co_9_040228193.shtml. Acesso em 15 de out. 2008. Pergunta: “*Ma secondo i critici le class action in America sarebbero servite di più ad arricchire gli avvocati che non a risarcire le vittime dei malaffari delle aziende. Non c’è il pericolo di ripetere gli stessi errori in altri Paesi?*”. Resposta: “*Cero, le class action possono generare eccessi e comportamenti scorretti anche da parte di chi dovrebbe essere paladino dei consumatori. Ma penso sia preferibile correre il rischio di arricchire gli avvocati, che non lasciare le grandi imprese senza controlli, libere di fare quello che vogliono*”.

²⁹ Altera o inciso V e o parágrafo único do art. 1º, o caput do art. 4º, o inciso II do art. 5º e o caput do art. 16 da

Segundo o relator do Projeto, o Deputado Mendes Ribeiro Filho:

Através da presente Proposição, o ilustre Deputado Maurício Rands pretende atribuir ao Ministério Público, à União, aos Estados e Municípios e também a autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou associação, competência para impetrar o que se intitula de ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, ressalvando não ser cabível quando envolver tributos e contribuições previdenciárias, cujos benefícios podem ser individualmente determinados. Para tanto altera dispositivos da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 (que disciplina a ação civil pública) e a Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997 (que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a fazenda pública).

Ao ressaltar o seu não-cabimento para matérias tributárias e previdenciárias, pouco altera o panorama de dificuldades do acesso à justiça no país no que diz respeito a litigar contra o próprio governo. É fato que a maior parte das ações que atravancam o Poder Judiciário – principalmente na esfera federal – origina-se de lides a respeito, exatamente, destas duas matérias. E nos municípios, institutos tributários que alcançam grandes massas populares, como o IPTU, a Contribuição para o Custeio da Iluminação Pública, e inúmeras taxas, como: taxa de limpeza, taxa de licença e funcionamento, taxa de recolhimento de lixo *etc.* continuam sem poder adentrar os tribunais em forma de ações coletivas. O projeto de lei, nesse aspecto, apenas reforça, legalmente, a jurisprudência restritiva já assentada nos tribunais:

[...] Não é possível a utilização da ação civil pública para obstar a cobrança de tributos. Precedentes citados: REsp 151.873-RS, DJ 9/2/2005; REsp 419.298-RS, DJ 6/12/2004, e AgRg no REsp 565.083-DF, DJ 9/2/2004. AgRg no REsp 710.847-RS, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 7/6/2005. 1ª Turma. (Informativo STJ nº 250)

[...] Na espécie, não houve a indicação dos dispositivos legais nos quais se apoiaram as discussões sobre a matéria questionada, mas como se trata de matéria de ordem pública e houve o prequestionamento na instância apelatória, a Min. Relatora enfrentou a questão preliminar da legitimidade do Ministério Público, que, em ação civil pública (antes do advento da MP n. 2.180-35/2001), questiona controvérsia de cunho tributário: redução de imposto de renda das despesas com aquisição de lentes corretivas e aparelhos de audição. Isso posto, a Turma deu provimento ao recurso da Fazenda para reformar o acórdão, concluindo pela ilegitimidade do MP. A Min. Relatora explicitou que, embora se trate de questão tributária relevante para os contribuintes, a tese jurídica não tem repercussão para a comunidade ante a especificidade das deduções. REsp 576.333-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 23/8/2005. 2ª Turma. (Informativo STJ nº 257)

Interessante notar que um dos partidos de oposição ao governo trabalhista brasileiro, o Partido da Frente Liberal, cujos quadros historicamente representam alas mais conservadoras da sociedade, e, componentes do findo governo de Cardoso, portanto, de concepção política diametralmente oposta ao do PT, são patronos de outro projeto de lei –

Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga o art. 2º-A, e seu parágrafo único, da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997.

complementar – de autoria do Senador Jorge Bornhausen, onde as ações coletivas são disponibilizadas à população de forma muito mais ampla, inclusive em matéria tributária e previdenciária³⁰:

Justificação

... omissis.

27 – As normas do Capítulo VI cuidam da defesa do contribuinte mediante adoção do modelo de defesa coletiva consagrado no Código de Defesa do Consumidor. Definem-se, por conseguinte, sob os mesmos termos e condições, os interesses ou direitos difusos e os coletivos, assim como os individuais homogêneos, seguida da legitimação do Ministério Público e das associações civis para a ação judicial.

Aqui, para espanto dos analistas políticos, os conservadores têm posições vanguardistas, e os trabalhistas, restritivas, o que, para análise das ações coletivas como fenômeno mundial, pós-moderno, pós-industrial e oriundo das sociedades de massa, embaralha o entendimento de qualquer estudioso alheio à realidade *sui generis* dos partidos políticos brasileiros.

2.5 Formação crítica do operador do direito no contexto do processo coletivo

A importância das ações coletivas como instrumento de afirmação da participação popular pelo processo, e de sedimentação de garantias constitucionais fundamentais que ainda permanecem apenas no ideário formal de países periféricos como o Brasil, evidencia sua utilização, sobretudo, como porta-voz dos cidadãos frente às políticas públicas, ou seja, do trato com a “coisa pública” mesmo. E, nesse contexto, pode-se identificar, como o fez, Walber Agra, em estudo sobre o republicanismo como doutrina de estímulo à cidadania ativa, que³¹:

A democratização do *locus* de decisão também permite um incremento em sua capacidade qualitativa, no sentido de que o aumento no número de atores envolvidos garante melhor fiscalização da coisa pública, o que contribui para melhor elaboração de políticas públicas.

O desiderato de participação democrática como instrumento de transformação social, entretanto, clama pela melhor formação e informação de juízes e de operadores jurídicos em sentido amplo, principalmente no resgate e no desvelo da influência jurídica

³⁰ BRASIL, Senado Federal. Projeto de Lei Complementar n. 646. Código de Defesa do Contribuinte. Dispõe sobre os direitos e as garantias do contribuinte e dá outras providências.

³¹ AGRA, Walber de Moura. **Republicanism**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005b. p. 112. Também, segundo o autor, “O Republicanismo democratiza o poder ao torná-lo acessível à população de forma indistinta, ao fazer com que cada cidadão se sinta co-responsável pelas decisões escolhidas e ao estabelecer o sentido da res publica como *standard* para a conduta dos agentes públicos. Portanto, a democratização do poder e a conseqüente densificação da legitimidade da organização política são uma decorrência dos princípios

norte-americana concernente às *class actions* e ao procedimentalismo, como pilares de sustentação de idéias novas que nos chegaram sem a necessária e profunda análise crítica da academia, das instituições e, por isso, foram insuficientemente aproveitadas e contextualizadas.

Os estudos de direito comparado, pesquisas e intercâmbios com os países da *common law* poderão, no médio prazo, requalificar o panorama de discussão das ações coletivas em nosso país, extravasando, para outras áreas da academia do direito, o debate sobre a importância do cotejo de diferentes sistemas jurídicos, e da captura crítica de novos conceitos jurídicos, principalmente os alienígenas, motores de tantas inovações.

Em uma de suas obras clássicas, “Juizes legisladores?”, Mauro Cappelletti³², de certa forma, já vislumbrava a importância destes estudos comparativos, sobretudo, para delinear criticamente o que denominou de “fenômeno moderno do crescimento da (inevitável) criatividade da interpretação judiciária”. Tanto aqui, *civil law*, como lá, *common law*, a sociedade de massa é uma realidade, assim como as turbulências e as incertezas da pós-modernidade, assim, a análise da jurisdição e do processo como base do poder jurisdicional³³ à luz de diferentes sistemas jurídicos é caminho enriquecedor para a compreensão dos fenômenos jurídicos e das realidades normativas mutantes de um mundo cada vez mais globalizado.

Só a ampliação de horizontes pode desenvolver um sentido crítico mais acurado no jurista e prepará-lo para conceber soluções de “maneira coletiva”. As soluções que são aventadas em matéria de ações coletivas caminham *pari passu* com a denominada crise do ensino jurídico brasileiro. Enquanto a crise do próprio sistema judiciário levou a seguidas reformas na última década, visando contornar problemas crônicos da prestação de serviço jurisdicional no Brasil, a maioria das faculdades brasileiras, um tanto quanto distantes desta realidade, continuam a preparar os bacharéis como dantes faziam, regados a formalismo e aprisionados no saber jurídico normativo-positivista, reproduzindo métodos, técnicas e

agasalhados por essa doutrina.”

³² CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Trad. de Carlos Alberto A. de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993. 134 p. Cappelletti foi professor da Universidade de Florença e, por muitos anos, da Universidade de Stanford, nos EUA. Suas obras acenderam, no mundo inteiro, grande interesse pelo direito norte-americano, pelo estudo das ações coletivas e, sobretudo, pelo movimento de reaproximação dos dois grandes sistemas jurídicos da atualidade: *civil law* e *common law*. Pode-se infirmar que, a partir de seus livros, o direito alienígena, que, por muito tempo, só foi tido no meio acadêmico como “curiosidade histórica”, propiciou o resgate do direito comparado como disciplina e como fonte de inesgotáveis discussões acadêmicas.

³³ Cf. FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Trad. de Daniel Porto G. da Silva; Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 164.

conceitos que tiveram nascedouro no século XIX e no início do século XX³⁴. Quem olha as estruturas curriculares de hoje vê uma verdadeira fotografia do passado.

A realidade, então, assim se conforma: os estudiosos de ontem, naturalmente, não tiveram praticamente nenhum contato com a temática do processo coletivo, visto se tratar de uma novidade recente por aqui. Os de hoje, em sua maioria, ainda vêem o assunto como um tema alheio à sua realidade escolar³⁵ e, portanto, sem perspectivas de absorver os conhecimentos a médio prazo, por absolutamente não sentirem necessidade de tal para seu desenvolvimento acadêmico e profissional. O que faz do atingimento de uma massa crítica de conhecimentos nessa área algo bastante difícil³⁶.

De toda forma, mesmo que a velocidades menores do que o desejável para o desenvolvimento institucional da disciplina do processo coletivo, um campo de estudos bastante promissor vem atraindo a doutrina nacional. É a quantidade e a qualidade nada desprezível de autores que vem se envolvendo com os textos dos anteprojetos de um código de processo coletivo para o Brasil. Por abarcar praticamente tudo que interessa no assunto, já que o desejo é regular a matéria o mais amplamente possível, uma análise do desenvolvimento destes modelos de diploma pode espelhar a realidade dos analistas jurídicos brasileiros e seu grau de criticismo quanto à implementação de novos valores e importação de alguns modelos já explanados.

É preciso vencer a barreira de resistência dos aplicadores e estudiosos do direito a conceber seu objeto de estudo e trabalho de maneira coletiva.

Soraya Lunardi identificou quatro pontos de limitação ao alcance das ações coletivas no Brasil: (a) resistência dos aplicadores à concepção coletiva de direitos; (b) tímida atuação dos legitimados ativos – com exceção do Ministério Público; (c) interpretações restritivas dos tribunais referentes à matéria e (d) a utilização de medidas provisórias por parte do Poder Executivo federal para limitar sua utilização³⁷.

³⁴ BATISTA, Roberto Carlos. **Coisa julgada nas ações civis públicas**: direitos humanos e garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 36.

³⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual: princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 588, diz que “disciplinas como meio ambiente, consumidor, tutelas jurisdicionais coletivas, direito processual constitucional, e outras, ainda carecem de adequação às grades curriculares de muitas faculdades de direito”.

³⁶ Basta verificar a pouca aderência do tema entre os alunos da graduação e pós-graduação em direito. Aliás, temas como direito do consumidor e tutela coletiva do mercado de ações, por envolver manejo de recursos vultosos, estranhamente, também não impressionam nem mesmo aqueles que se enveredam na advocacia cível ou empresarial.

³⁷ LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. As ideologias do processo e a ação civil pública. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. (Coords.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 212.

Essas limitações, entretanto, parecem mais ser fruto da cultura jurídica nacional do que do texto legal, já que esses obstáculos também poderão ser opostos a quaisquer outras normas inovadoras ou sedimentadoras do processo civil coletivo:

Lenio Streck, ao tratar da influência da dogmática no ensino jurídico brasileiro, critica a simplificação reinante nas salas de aula, baseada em casuísmos didáticos desvinculados da realidade e no fraco alicerçamento teórico das disciplinas³⁸. O que é factualmente verificável, pois, ainda hoje, grande parte da carga horária dos cursos de graduação em direito é voltada para o direito civil e o direito processual civil, em detrimento do direito constitucional, da hermenêutica, da Teoria do Estado e da própria Teoria do Processo, por exemplo. Na formação do jurista brasileiro, portanto, há uma lacuna de idéias e de preparo técnico para conceber o direito, analisar a sociedade e indagar a respeito da função social das normas que aplica e segue. De certo modo, é um vazio causado pela influência, ainda grande, da tradição liberal e individualista na cultura jurídica brasileira, o que impõe ao direito, ainda, a pecha de elitista.

Em 1939, quando da feitura do Código de Processo Civil brasileiro, já haviam sido sedimentadas nos Estados Unidos da América, um ano antes, na regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure*, as premissas básicas das regras do processo civil coletivo, o que só causaria reflexo normativo em nosso país, quase meio século depois, com a LACP. Evidência de que, durante o decorrer do século XX, o direito nacional apenas engatinhou rumo à mudança das concepções processuais das regras jurídicas aqui seguidas. Ainda impera a visão individualista do processo civil tradicional³⁹, concebida há mais de duzentos anos.

Essa resistência, portanto, é de matiz cultural, fortemente influenciada pela própria história da formação dos operadores do direito no Brasil.

2.6 A importância do estudo da *common law*

Cândido Dinamarco divide a história das fontes formais do direito processual civil brasileiro, desde as Ordenações Filipinas até os dias de hoje, em sete fases, sendo a última, a que englobaria a Constituição de 1988 e alguns diplomas esparsos, dentre os quais, a LACP e o Código de Defesa do Consumidor – CDC. Segundo o doutrinador, “São características

Analisa, especificamente, a Lei de Ação Civil Pública – Lei federal 7.347, de 24 de julho de 1985.

³⁸ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 81-91.

³⁹ Cf. SOUZA, Motauro Ciochetti de. **Ação civil pública**: competência e efeitos da coisa julgada. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 33-35

centrais dessa fase a coletivização da tutela jurisdicional e o empenho em sua efetividade”⁴⁰.

Para ele, houve uma continuidade sistemática, desde o Código de Processo Civil de 1939, que redundou apenas em evolução técnica, já que não se observou qualquer evolução ideológica ou a adoção de um novo modelo processual, tendo-se mantido a estrutura individualista da tutela jurisdicional. O que seria explicado pelo pouco engajamento dos processualistas brasileiros às ondas renovatórias do processo civil e à escola instrumentalista européia⁴¹.

Uma das razões para tanto pode ser creditada ao isolacionismo dos cientistas jurídicos brasileiros⁴²⁻⁴³, e, principalmente ao desconhecimento dos influxos dos sistemas jurídicos da *common law* – fruto do número insignificante de estudos de direito comparado levados a efeito nas últimas décadas.

Apesar da adoção, entre nós, ainda no Império e no começo da República, de certos institutos como o *habeas corpus*, o modelo federativo, o modelo do próprio Supremo Tribunal Federal e o recurso extraordinário – advindos, respectivamente, de influências inglesa e norte-americanas: o primeiro, do novo *Habeas Corpus Act*⁴⁴ inglês, de 1816; o último, do *writ of error*, constante no *Judiciary Act* norte-americano, de 1789 – a doutrina permaneceu, por quase todo o século XX, isolada e refratária a institutos processuais que não fossem oriundos do direito continental europeu⁴⁵ – principalmente, por questão de fato, devido à grande influência científica italiana, já que Enrico Tullio Liebman, catedrático da Universidade de Parma, fugindo da política fascista, veio residir no Brasil e tornou-se professor da Faculdade de Direito de São Paulo, onde, durante longos anos, assentou as bases

⁴⁰ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. I. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 295-296.

⁴¹ *Ibid.*, p. 299.

⁴² NOBRE, Marcos. *et al.* **O que é pesquisa em direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 120. Oscar Vieira lembra que em dezembro de 2002, a FGV-EDESP – Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas, organizou, em parceria com o Núcleo Direito e Democracia do CEBRAP – Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, o simpósio “O que é pesquisa em direito?”, cuja experiência foi, posteriormente, publicada em livro. Nos debates travados no evento extraem-se constatações sobre como o modelo de ensino e de pesquisa jurídica no Brasil foi fator histórico de isolamento, tanto interno quanto externo, e obstáculo para o desenvolvimento dos estudos de direito no país. Segundo o autor, o estudo jurídico nacional ter-se-ia concentrado apenas na análise da norma, purificando-se das influências de outras ciências.

⁴³ *Ibid.*, p. 23-24. Marcos Nobre afirma que, nos últimos trinta anos, nossa pesquisa científica em ciências humanas alcançou níveis internacionais, graças, principalmente, à implantação bem-sucedida de um sistema de pós-graduação; a pesquisa jurídica, entretanto, estaria num contexto de atraso em relação às outras disciplinas, por conta de dois fatores: o isolamento em relação a outras disciplinas da área de humanas e a confusão entre prática profissional e pesquisa acadêmica – o padrão de pesquisa jurídica pátria seria o parecer, a opinião tecnicamente fundamentada.

⁴⁴ Há historiadores, contudo, que apontam a origem do instituto no *interdictum de libero homine exhibendo*, do direito romano; na Magna Carta inglesa, de 1215; ou no primeiro *Habeas Corpus Act*, de 1679.

⁴⁵ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 359, jan./fev. 2002, p. 124-125.

científicas do processualismo moderno.

Ironicamente, foi outro italiano, Mauro Cappelletti, com o livro “Acesso à justiça”, que, nos anos 70, reacendeu o interesse pelos institutos jurídicos norte-americanos, chamando a atenção para figuras como as *class actions*, no movimento de valorização das ações coletivas⁴⁶. Apesar do estágio de desenvolvimento já àquela época alcançado pelo tema nos países de *common law*, raramente os autores faziam referência à infinidade de estudos, artigos e livros escritos em língua inglesa – fontes originárias deste saber: continuou-se a analisá-los sob o prisma e a tradução dos escritores europeus.

Os manuais acadêmicos refletem essa tendência: no livro “A defesa dos interesses difusos em juízo”, de Hugo Mazzilli, talvez o mais conhecido pelos estudantes e práticos do direito, das 143 obras referenciadas, pouco mais de uma dezena é de autores estrangeiros, quase todos, italianos, nenhuma em língua inglesa, ou dela diretamente traduzida⁴⁷. Autores de obras recentes, entretanto, estão rompendo essa tradição: destaque para Ronaldo Campos, com pequeno comparativo entre as ações coletivas em diversos países⁴⁸; Márcio Leal, com extensa bibliografia específica em língua inglesa⁴⁹; e Aluisio Mendes⁵⁰ (2002), em estudo de direito comparado, com bibliografia predominantemente alemã – o livro foi fruto de doutoramento na Universidade Johan Wolfgang Goethe⁵¹. A maior parte das dissertações, entretanto, apesar de se proporem mais generalistas e teóricas, pecam pela deficiente referência a obras originárias da *common law*.

No geral, a literatura brasileira referente a ações coletivas ainda é enviesada para a produção doutrinária italiana, não tendo, até hoje, “bebido na fonte” das doutrinas norte-americana, inglesa, australiana, canadense e neozelandesa, o que, por conta da formação acadêmica básica, influenciou e ainda influencia por demais, os operadores do direito.

Pode-se prever modificações no estudo e no desenvolvimento deste novo ramo do direito processual, com reaproximação aos ditames da *common law*, impulsionada, principalmente, por dois fatores: pelo advento da internet, o que facilita sobremaneira o

⁴⁶ *Ibid.*, p. 125.

⁴⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. 695 p.

⁴⁸ Na verdade, a obra foi escrita no início da década de 80, antes, até, da edição da Lei de Ação Civil Pública, mas só foi publicada quase uma década depois. CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Ação civil pública**. Rio de Janeiro: Aide, 1995. 116 p.

⁴⁹ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998. 224 p.

⁵⁰ CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 293 p.

⁵¹ *Ibid.*, 293 p.

acesso aos bancos de teses, às revistas jurídicas especializadas e à doutrina das universidades estrangeiras; e pela disseminação cada vez maior do inglês como “língua universal”, fruto da globalização e das transações cada vez mais rápidas, seja de mercadorias e serviços, seja de conhecimento.

A procura dos juristas pela formação nas universidades de língua inglesa, principalmente as norte-americanas, já não é mais tão minoritária quanto no passado, cresce a cada dia⁵², e a rejeição ao idioma, diminui.

Os avanços recentes de dois processualistas brasileiros demonstram essa nova realidade: o escol de estudiosos que buscam nos EUA o aprofundamento crítico da teoria do processo coletivo à luz dos ditames da *common law*. O primeiro é Antonio Gidi⁵³, que, atualmente, é professor assistente de direito na *University of Houston Law Center*, e vem desenvolvendo excelentes estudos comparados, condensados no livro “*Class Actions in a Comparative Perspective*” (*Carolina Academic Press*, no prelo⁵⁴), onde coteja os sistemas processuais coletivos de mais de 20 países⁵⁵. O outro é Humberto Pinho⁵⁶, professor visitante da *University of Connecticut*, que, em 2003, desenvolveu naquele país, estágio pós-doutoral, em legislação comparada de processo coletivo Brasil-EUA.

Suas análises, assim como as de outros estudiosos que lá se encontram, certamente trarão novidades ao meio acadêmico brasileiro e propiciarão uma nova crítica do direito processual coletivo, baseada no arcabouço teórico da *common law*, numa verdadeira reaproximação com aquele sistema jurídico.

Um passo há de ser dado na direção do que Bryant Garth e Mauro Cappelletti chamaram de “necessidade de os juristas reconhecerem que as técnicas processuais servem a funções sociais”⁵⁷, ou seja: uma “mentalidade nova” dos operadores jurídicos, focada no alcance social efetivo das normas.

⁵² NOBRE, Marcos. *et al.* **O que é pesquisa em direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 73, afirma que a procura pelas instituições de ensino jurídico norte-americanas é fenômeno observado principalmente pelos estudiosos do direito na Alemanha, que as procuram para se pós-graduarem, atraídos pelo primoroso e rico sistema de pesquisa em que são estruturadas, o que, em última instância, tem influenciado muito o alto grau de qualidade que vem sendo alcançado pela produção acadêmica alemã.

⁵³ Secretário do *American Law Institute / Unidroit project on Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*; professor da *UH Law Center*; ex-professor da *University of Detroit Mercy*; ex-professor da *University of Pennsylvania*; articulista de direito em francês, italiano, inglês, espanhol e português.

⁵⁴ Disponível em <http://www.cap-press.com/books/1418>. Acesso em 2 de mar. 2006.

⁵⁵ O autor já coordenou obra com o mesmo escopo, editada em língua espanhola: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). **Procesos colectivos: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada**. 2. ed. México: Editorial Porruá, 2004. 442 p.

⁵⁶ Professor da UERJ, da Universidade Estácio de Sá e da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro.

⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris,

A reaproximação dos juristas com sistemas jurídicos não oriundos da *civil law* pode resgatar os estudos de direito comparado, superando os estudos, até hoje bastante disseminados, de, tão-somente, legislação comparada. Nesse ponto, é interessante verificar a “exportabilidade” das *class actions* norte-americanas para diferentes sistemas de estruturas jurídicas.

Na Suécia, por exemplo, que, assim como os demais países escandinavos não pertence nem ao sistema de direito continental, nem ao sistema “inglês” – constitui uma família legal própria, bastante marcada por diferenças conceituais entre si, principalmente no que tange ao direito processual – foi, na comunidade européia, o primeiro país a avançar mais na temática do processo coletivo, com a nova Lei de Procedimentos de Grupo, que entrou em vigência em 1º de janeiro de 2003, prevendo expressamente o instituto de uma ação coletiva privada de feições modernas, em que um membro individual representa todo o grupo.

Tal lei, segundo relata Per Henrik Lindblom, nasceu por influência de seu livro *Grupptalan. En studie av det anglo-amerikanska class actionsinstitutet ur svenskt perspektiv*⁵⁸, que introduziu o conceito das ações coletivas no país, analisando o instituto nos Estados Unidos, Reino Unido, Canadá e Austrália. Segundo o autor, os exemplos oriundos do Canadá prestaram-se melhor à adaptação à realidade sueca, pois mostraram que as ações coletivas não necessariamente devem estar limitadas ao modelo norte-americano, que é lastreado numa radical responsabilidade civil extracontratual e numa etapa pré-processual de análise probatória⁵⁹.

2.7 Novas perspectivas de formação dos juristas em tema de ações coletivas

Apesar da importância com que o tema ações coletivas tem se revestido em vários países do mundo, atraindo o interesse dos estudiosos pelas raízes dessa técnica processual, os novos influxos da *common law*, entretanto, não são suficientes para uma revolução no trato das ações coletivas: devem ser atrelados à mudança dos paradigmas do ensino de graduação em direito, pois a mudança de postura do operador do direito é pré-condição para a estruturação de uma hermenêutica jurídica mais próxima do atual quadro social e de seus anseios.

1988. p. 12.

⁵⁸ “As ações de grupo. As ações coletivas anglo-americanas em uma perspectiva sueca” (tradução nossa).

⁵⁹ LINDBLOM, Per Henrik; NORDH, Roberth. La ley sueca de procedimientos de grupo. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). **Procesos colectivos**: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 2004. p. 102-103.

Quem lida com o direito hoje estudou ainda sob as antigas lições de processo civil, a partir de normas e soluções pugnadas, de modo geral, para os conflitos e processos individuais. Ainda são inovadoras, no Brasil e no mundo, as instituições universitárias que dispõe, na sua organização curricular, de disciplinas voltadas especificamente para as ações e os processos coletivos. É de fundamental importância, assim, que haja a preparação dos profissionais do direito, de hoje e do futuro, para o novo direito processual coletivo⁶⁰, porque, segundo Lenio Streck⁶¹:

Com efeito, preparado/engendrado para o enfrentamento dos conflitos interindividuais, o Direito e a dogmática jurídica (que o instrumentaliza) não conseguem atender as especificidades das demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa (J. E. Faria). O paradigma (modelo/mo de produção de Direito) liberal-individualista-normativista está esgotado. O crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re)clamam novas posturas dos operadores jurídicos.

O que, com outras palavras, Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁶² chamaram de “necessidade de os juristas reconhecerem que as técnicas processuais servem a funções sociais”, e Cândido Dinamarco⁶³, de “mentalidade nova”, no sentido de mentalidade instrumentalista, voltada para maximizar a utilidade dos provimentos jurisdicionais.

A postura dos operadores jurídicos frente ao assunto parece ser o ponto nevrálgico que, se bem entendido, pode promover a superação dos problemas e a densificação do processo coletivo no Brasil. Postura essa que, como visto, sofre a influência de vários fatores, dentre os quais se pode ressaltar a influência do ensino jurídico e da cultura jurídica de modo geral.

Para Humberto Pinho há uma obrigação de os estudiosos promover em inserção da disciplina direitos coletivos nos cursos jurídicos de graduação e pós-graduação, objetivando familiarizar, desde cedo, os discentes com essas formas de tutela⁶⁴.

⁶⁰ CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. O anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 20.

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 2.

⁶² CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988. p. 12.

⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.393.

⁶⁴ Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. As ações coletivas no direito brasileiro: aspectos gerais, evolutivos e algumas controvérsias. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 11, p. 90.

3 AÇÕES COLETIVAS

SUMÁRIO: 3.1 Incurso histórico; 3.2 As ações coletivas no mundo; 3.3 Tendências observadas nas legislações; 3.4 As ações coletivas no contexto do processo contemporâneo; 3.5 Direitos objeto das ações coletivas; 3.6 Definição de ação coletiva; 3.7 Incurso histórico das ações coletivas no Brasil; 3.8 Panorama atual das ações coletivas no Brasil; 3.9 Os anteprojetos de um código brasileiro de processos coletivos.

3.1 *Incurso histórico*

Embora a ciência jurídica seja avessa à pesquisa histórica, principalmente quando esse estudo debruça-se sobre sistemas jurídicos de outra família do direito (*common law*), é clara a influência da compreensão das raízes que se projetam fortemente na formação e desenvolvimento desses mesmos institutos, não fugindo à regra a compreensão das coisas do direito processual¹. É na baixa Idade Média que os historiadores vislumbram a origem mais remota das demandas coletivas. Três casos ocorridos na Inglaterra podem ser indicados como marco desse surgimento²: (1º) em 1199, um pároco ajuizou ação versando sobre o direito a dízimos em face dos paroquianos de Hertfordshire, chamando a juízo apenas algumas pessoas para, aparentemente, responder por todos; (2º) no século XIII, três aldeões provocaram a prestação jurisdicional em benefício de toda sua comunidade, povoado de Helpingham, contra as comunidades das cidades de Donigton e Bykere, para que estes os auxiliassem na reparação de diques locais; e, (3º) nos tempos de Edward II (1307-1326), duas pessoas ajuizaram ação em benefício deles, dos pobres e dos médios burgueses de Scarborough contra a exploração dos ricos burgueses da cidade.

Márcio Leal narra que Edward Peters contesta essa origem, retroagindo ainda mais no tempo. Cita o que pode ter sido o primeiro caso de ação coletiva de que se tem notícia: em 1179, os aldeões da vila de Rosny-sous-Bois reivindicaram de seus senhores, o abade e os clérigos de Santa Genoveva em Paris, fim da condição de servos³.

Há também aqueles que vêem antecedentes das ações coletivas nas *actio popularis* do processo civil romano. Ação que, à semelhança da ação popular brasileira, legitimava qualquer cidadão romano, em um processo de cunho privado a intentar a

¹ MAIA FILHO, Napoleão Nunes. A antiga e sempre atual questão da submissão do Poder Público à jurisdição. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 1, p. 146.

² CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 43 e ss.

³ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**: história, teoria e prática. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998. p. 21, faz referência a: PETERS, Edward. In *The American Journal of Legal History*. v. XXXIV, 1990/429.

condenação daqueles que causassem dano ao patrimônio público. Idéia que, em geral, não é muito acatada como referência histórica apropriada, visto que, provocada a jurisdição, a preocupação principal voltava-se ao mérito da demanda. Diferentemente das ações coletivas “das classes”, de origem anglo-saxã, cuja evolução trouxe ao contemporâneo cerne da questão, a problemática da aferição da representação da classe, ou seja, centrou-se na legitimação processual⁴.

É bom observar que, no medievo, os conceitos de indivíduo e de grupo compunham um todo relativamente indiviso, a contraposição das ações coletivas em relação às ações individuais é redundante. Por idêntica ordem de razões, a discussão em torno da legitimidade do autor de uma ação coletiva carecia de sentido e relevo prático naquela quadra histórica⁵, porque não se questionava a representação de direitos alheios, vez que o direito material era compartilhado indistintamente pela comunidade. Ou seja, o membro da comunidade que figurava como autor não representava um conjunto de indivíduos, mas uma coletividade⁶. No fundo, era como se estivesse representando a si próprio.

Essas representações processuais desvestidas de maior formalidade alastraram-se pelo direito inglês, extremamente assentado nos costumes e tiveram papel relevante no desenvolvimento jurídico de então⁷ até o momento em que, conforme registra Aluisio Mendes:

Nos séculos XVI e XVII, o número de feitos envolvendo grupos desprovidos de personalidade jurídica começa a diminuir. A defesa dos interesses coletivos realizada, no processo, por alguns, passa a não ser tão freqüente e comum, refletindo, *pari passu*, as modificações sociais. As ações de grupo ficam, na prática, confinadas à área rural. Por conseguinte, torna-se um procedimento especial, concedido através do *Bill of Peace*, e, nas

⁴ Cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 26.

⁵ ROCHA, Luciano Velasque. **Ações coletivas: o problema da legitimidade para agir**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 4.

⁶ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998. p. 25.

⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 29, enumera as técnicas processuais herdadas dessa tradição: “Assim é que se encontram modalidades de *class actions* em países onde a *equity* se fez presente, como Austrália, Nova Zelândia, Canadá, com pequenas variações nos institutos próprios do processo coletivo, como o *ideological plaintiff* (o autor coletivo), a *adequacy of representation* (a idoneidade do portador judicial; a *certification order* (o reconhecimento da idoneidade do *class suitor*); a *class certification* (o credenciamento da classe como uma efetiva coletividade); a *defining function* (a atribuição judicial de deliberar quanto ao trato processual coletivo do conflito); a *fair notice* (a correta notificação aos sujeitos concernentes ao conflito coletivo); o regime *opt in* e *opt out* (a intromissão ou extromissão dos sujeitos na lide coletiva, em ordem à fixação dos limites subjetivos da coisa julgada); o *fluid recovery* (indenização fluída, resíduo pecuniário que, no regime do art. 13 de nossa Lei 7.347/85 é destinado a um fundo); a *former adjudication*, gênero que inclui as espécies *claim preclusion* (próximo à coisa julgada do sistema continental europeu) e o *collateral stoppel* ou *issue preclusion*, pelo qual consideram-se incluídos no julgado os *necessary steps*, ou seja, as premissas necessárias à conclusão”.

proximidades do final do século XVII, começam a surgir os questionamentos em relação às ações de grupo, principalmente quanto à legitimação.

É exatamente no *bill of peace* inglês, século XVII, que se tratava de uma autorização para processamento coletivo de um ação individual, concedido quando o autor requeria que o provimento englobasse os direitos de todos os envolvidos no litígio, tratando a questão de maneira uniforme⁸, que a maior parte dos historiadores jurídicos, contudo, identifica os antecedentes da moderna ação coletiva. Vários direitos individuais passavam a ser processados de uma só vez.

Como explica Antonio Gidi, essa técnica processual nasceu de uma necessidade das cortes inglesas para contornar a tormentosa questão do gerenciamento judicial da intervenção compulsória das partes nos litisconsórcios processuais porque, nos casos em que havia grande número de envolvidos, a prestação jurisdicional simplesmente não era dada se qualquer indivíduo que fosse parte, não comparecesse em juízo⁹:

[...] as *chancery courts* passaram a admitir exceções à regra geral e criaram o *bill of peace* e passaram a permitir as ações representativas (*representative actions*), nas quais um ou alguns dos membros do grupo pudessem representar em juízo o interesse de todos os demais similarmente situados. Para que a ação representativa fosse cabível, todavia, era preciso que o grupo envolvido fosse tão numeroso, que tornasse o litisconsórcio de todos impossível ou impraticável, que todos tivessem um interesse comum e que o autor adequadamente representasse os interesses dos membros ausentes. Tais processos faziam coisa julgada *erga omnes*, vinculando todos os membros do grupo através do representante. Assim, historicamente, a criação das *class actions* deveu-se à necessidade e conveniência “de contornar” a regra de litisconsórcio necessário de todos os interessados, para que fosse possível fazer justiça nas situações em que tal litisconsórcio não era possível. Da mesma forma como a regra geral da presença compulsória de todos os interessados era ditada pela conveniência, o desvio dessa regra também foi ditado pela conveniência. Como bem observado por Zechariah Chafee, a identidade de interesses que unia os membros do grupo, ao mesmo tempo que tornou possível trazê-los todos a um mesmo processo, também tornou supérfluo fazê-lo. Segundo a maioria dos doutrinadores, o desenvolvimento do *bill of peace* inglês gerou as modernas *class actions*. Assim, de uma maneira inteiramente fortuita, apenas para contornar uma tecnicidade processual, que aliás já não mais existe, os tribunais criaram um poderoso instrumento para a tutela coletiva dos direitos. É por esse motivo que se diz que as ações coletivas foram uma criação da equidade.

Mas, o reconhecimento legislativo da personalidade jurídica de associações e sociedades acarretou o fim do recurso à ação coletiva na Inglaterra. Justamente quando se foi estruturando teoricamente a personificação das empresas e sua tutela processual, nos séculos XVII e XVIII, que entra em declínio seu processo coletivo de raízes medievais¹⁰. Já a partir da

⁸ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**: história, teoria e prática. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998. p. 23.

⁹ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 42.

¹⁰ VON ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raimundo. A justiça geométrica e o anteprojeto de código de

baixa Idade Média certas formações sociais foram se alojando entre os planos público e privado¹¹ – os chamados “corpos intermediários” –, notadamente as grandes corporações comerciais e os agrupamentos sociais que se foram formando no interior da florescente burguesia, assim, de certo modo concorrendo com o Estado. O advento da Revolução Industrial incrementou aquelas posições intermediárias, igualmente favorecidas com o crescimento do sindicalismo, o fortalecimento dos partidos políticos, a estruturação da pessoa jurídica, esta última facilitando a constituição de macroempreendimentos e oligopólios, umas e outras dessas ocorrências sociais reivindicando espaços cada vez mais expressivos na larga faixa agora reconhecida entre os interesses do Estado e dos particulares¹².

Com a ascensão do individualismo radical¹³, ocorreu uma flagrante diminuição da importância dos grupos na estrutura social e no sistema jurídico¹⁴. Foi aí que praticamente morreram as chamadas *class suits*, que desde esse momento hibernaram até sua redescoberta, já no século XX, do outro lado do Atlântico¹⁵.

Sucumbira o processo coletivo de então ao individualismo e à ascensão da burguesia. Como procedimento especial de caráter excepcional, as ações coletivas tiveram seu âmbito circunscrito às cortes de equidade, perdendo espaço nos demais tipos de tribunais ingleses.

Os Estados Unidos da América, de tradição *common law* herdada do período

processos coletivos: elementos para uma justificativa histórico-filosófica, ou por uma visão atual do alcance e da função criadora da jurisdição coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 56.

¹¹ Dicotomia que, hoje, não faz muito sentido, como afirma CAPPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. In: **Le azioni a tutela di interessi collettivi**: atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974). Padova: Cedam, 1976. p. 191: “Un punto preliminare che mi sembra emergere chiaramente dalle prime relazioni e interventi, ha portato (o meglio, riportato) alla luce la chiara insufficienza della tradizionale dicotomia ‘pubblico-privato’. È una dicotomia superata, superata dalla realtà (anche se, purtroppo, non ancora superata da tutta la dottrina e la giurisprudenza italiane). La realtà nella quale viviamo è quella di una società di produzione di massa, di consumo di massa, di scambi di massa, di turismo di massa, di conflitti o conflittualità di massa (in materia di lavoro, di rapporti fra razze, religioni, ecc.), per cui anche le violazioni contro le quali la “giustizia” è intesa a dare protezione, sono evidentemente non soltanto violazioni di carattere individuale ma spesso anche di carattere collettivo, che coinvolgono e colpiscono categorie, classi, collettività, sono insomma “violazioni di massa”.

¹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A projetada participação equânime dos co-legitimados à propositura da ação civil pública: da previsão normativa à realidade forense. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). **Tutela coletiva – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos – 15 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 220.

¹³ Cf. ALVIM, Arruda. Ação civil pública. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 87, p. 155, para quem não se pode olvidar, contudo, que o individualismo exacerbado tinha um motivo de ser e representava, para seus defensores, uma maneira de estruturar o direito para rebater qualquer recuperação política do Ancien Régime.

¹⁴ SILVA, Jaqueline Mielke. **O direito processual civil como instrumento de realização de direitos**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005. p. 204.

¹⁵ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998. p. 31.

colonial inglês, já em 1842 abria exceções à regra do litisconsórcio necessário (*Federal Equity Rule 48*), abrindo a via do processo coletivo uma vez observado o interesse comum entre os membros de um grupo suficientemente numeroso para atravancar o andamento normal de uma ação.

Em 1938, as cortes federais passaram a se submeter às *Federal Rules of Procedure*, regras federais de processo civil, editadas pela Suprema Corte dos EUA, sob delegação do Congresso. Seu escopo era regular as ações de classe e unificar os procedimentos de *equity* e *law* sob três categorias de ações distintas de acordo com a natureza jurídica da pretensão levada a juízo: as puras, as híbridas e as espúrias. As puras pressupõem unidade absoluta de interesse: natureza indivisível do direito ou interesse, que seria comum a todo o grupo; as híbridas, um interesse comum em relação a um bem jurídico objeto da ação, sem que o direito seja único ou comum a todos; as espúrias, uma pluralidade de interesses decorrentes de uma questão comum de fato ou de direito que indique, como apropriada, a agregação dos direitos individuais em um só remédio processual¹⁶.

Salienta Antonio Gidi que apenas a *true class action* era verdadeiramente uma ação coletiva porque seria a única a permitir a representação quando o litisconsórcio de todos os membros do grupo fosse essencial para a solução da controvérsia e estender a coisa julgada a todos os membros ausentes, independentemente do resultado da demanda. Enquanto as espúrias somente atingiria as partes que optassem por se submeter à decisão (*opt in*). E a híbrida, assim chamada por conter aspectos referente às duas outras, só vinculava as partes no processo ou, quando se tratasse de direitos relacionados à propriedade ou fundo envolvidos no processo, vinculava todos os membros do grupo¹⁷.

A partir de então, as *class actions* passaram a tutelar pretensões indenizatórias (*class actions for damages*), pois no regime da *equity*, somente eram amparadas situações que se solucionavam por sentenças declaratórias ou injuntivas.

A aplicação da *Rule 38* enfrentou dificuldades muito sérias nas três décadas que se seguiram à sua aprovação. Os termos utilizados na lei, muito abertos (o que comumente hoje se denomina de “conceitos jurídicos indeterminados”), como as palavras *joint*, *common* e *several*, dificultaram bastante as distinções entre as ações, o que era essencial à determinação

¹⁶ Cf. CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 69-70.

¹⁷ Cf. GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 49.

da extensão da coisa julgada alcançada ao final do processo. E mais¹⁸:

A grande dificuldade em efetuar a distinção entre as categorias de ações de classe, a falta de vinculação nas *spurious class actions*, conhecida como “one way intervention”, e a ausência de exigências relacionadas com a aferição da predominância de questões supra-individuais sobre as peculiares, bem como a da superioridade e vantagem do processamento coletivo sobre o individual, passaram a ser os maiores problemas dos tribunais na aplicação da *Rule 23*, com a redação de 1928.

Em 1966, a Suprema Corte alterou a *Rule 23*, visando dar mais funcionalidade e utilidade às regras, tornando-as mais claras¹⁹. A estrutura geral das *class actions* baseia-se, em resumo, nos contornos precisos da classe, na representação adequada (*adequacy of representation*) por um membro da classe, na inviabilidade do litisconsórcio por conta do grande número (*numerosity*) de indivíduos envolvidos na causa (*joinder impracticability*), na existência de questões de fato ou de direito comuns à pretensão posta em juízo (*commonality*), e na identidade de pretensões ou defesas entre o representante e a classe (*typicality*).

Essas regras, como será visto adiante, transformaram o processo coletivo norte-americano num “modelo exportável”²⁰ de ações coletivas. Poucos anos depois, os olhos do

¹⁸ CASTRO MENDES, *op. cit.* p. 72.

¹⁹ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 506-507, traduziu a *Rule 23*. Importante retratar seus itens a e b: “*Rule 23* traduzida. Ações coletivas. (a) Requisitos para uma ação coletiva. Um ou mais membros de um grupo podem demandar ou ser demandados com representantes de todos apenas se (1) o grupo é tão numeroso que o litisconsórcio de todos os membros é impraticável, (2) existem questões de direito ou de fato comuns ao grupo (3) os pedidos ou defesas dos representantes são típicos dos pedidos ou defesas do grupo e (4) os representantes protegerão justa e adequadamente os interesses do grupo. (b) Hipóteses de cabimento. Uma ação pode ser mantida como ação coletiva se os requisitos da subdivisão (a) forem satisfeitos e: (1) a propositura de ações individuais separadas por ou contra os membros do grupo poderia criar o risco de: (A) decisões inconsistentes ou conflitantes em face dos membros do grupo, o que poderia estabelecer padrões incompatíveis de conduta para a parte contrária do grupo, ou (B) decisões em face dos membros individuais do grupo que poderiam, na prática, prejudicar os interesses de outros membros que não participaram do processo individual, ou impedir ou substancialmente diminuir a capacidade deles de proteger os seus interesses; ou (2) a parte contrária ao grupo agiu ou deixou de agir de maneira uniforme em face do grupo, tornando, assim, apropriada uma sentença mandamental ou uma correspondente sentença declaratória em face do grupo com um todo; ou (3) o juiz considera que as questões de direito ou fato comuns aos membros do grupo predominam sobre qualquer questão individual e que a ação coletiva é superior a outros métodos disponíveis para o justo e eficiente julgamento da controvérsia. Em sua decisão sobre a superioridade da tutela coletiva, o juiz deverá levar em consideração, entre outras coisas: (A) o interesse dos membros do grupo em controlar individualmente a propositura ou defesa de ações individuais separadas; (B) a amplitude e natureza de qualquer litígio relacionado à controvérsia já ajuizado por ou contra os membros do grupo; (C) a conveniência ou inconveniência de concentra o julgamento de todas as pretensões num determinado juízo; (D) as dificuldades que provavelmente serão encontradas na administração dessa ação coletiva”.

²⁰ SMITH, Heather. Is America Exporting Class Actions to Europe? **The American Lawyer**. Disponível em <http://www.law.com/jsp/ihc/PubArticleIHC.jsp?id=1141047298349>. Acesso em 11 jun. 2007. NICHOLAS, Adele. Class Action Litigation Makes Headway In Europe. New Rules Bring Europe Closer To American System. **Global Views**. Disponível em http://www.insidecounsel.com/issues/insidecounsel/15_169/global_views/238-1.html. Acesso em 11 mai. 2007. HARBOUR, Laurel J.; Shelley, Marc E. **The emerging european class action**: expanding multi-party litigation to a shrinking world. Disponível em http://el.shb.com/nl_images/SHBWebsite/Attorneys/Harbour/TheEmergingEuropeanClassAction_2006.pdf. Acesso em 11 jun. 2007.

direito continental começariam a se abrir para a “velha novidade”, colocadas nos estudos capitaneados por Bryant Garth e Mauro Cappelletti como uma das técnicas definitivas de ampliação do acesso à justiça e de solução de conflitos de massa. A chamada “segunda onda” de soluções práticas para o acesso à justiça²¹.

Essa “revolução processual”, pode-se dizer, foi fruto de movimentos sociais reivindicatórios de direitos coletivos que, tendo tomado impulso nos EUA da primeira metade do século XX com relação aos direitos trabalhistas e depois na segunda parte da mesma centúria com relação aos direitos das minorias e demais pessoas segregadas, mais tarde os consumidores, na emergência das pós-modernidade²², logo serviram de exemplo para o restante do mundo e resgataram, nessa empreitada, os velhos modelos das ações coletivas medievais, revigoradas por séculos de desenvolvimento na *common law*, que logo colocaram em cheque valores formalistas do direito processual científico, atavicamente ainda ligado ao individualismo e às regras que só faziam sentido numa época em que o medo de um refluxo do Antigo Regime ainda pairava sobre a Europa e levava as diretivas dos códigos napoleônicos par os quatro cantos do mundo²³.

Como ressalta Eduardo Von Adamovich, os valores medievais de um processo menos científico e mais afetivo foram redescobertos, melhor expresso pelo *writ* do processo anglo-saxônico, do que por aquela *azione*, expressão mais alta de um processo formal e individualista²⁴:

A expressão filosófica de toda esta marcha pode ser enunciada num recuo do Positivismo e na retomada de impulso das correntes jusnaturalistas, que se haviam acanhado desde fins do século XVIII e, politicamente, não num impensável retorno ao *ancien régime*, mas sim numa releitura das pedras fundamentais do Estado Moderno, com os ingleses e Montesquieu, para alcançar o Estado Pós-Moderno.

²¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988. p. 49: “O segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres. Nos Estados Unidos, onde esse mais novo movimento de reformas é ainda provavelmente mais avançado, as modificações acompanharam o grande quinquênio de preocupações e providências na área da assistência jurídica (1965-1970)”.

²² VON ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raimundo. A justiça geométrica e o anteprojeto de código de processos coletivos: elementos para uma justificativa histórico-filosófica, ou por uma visão atual do alcance e da função criadora da jurisdição coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 55.

²³ Até o Japão serviu-se dos modelos romano-germânicos para fazer seu código de processo civil durante a Reforma Meiji, no final do século XIX.

²⁴ VON ADAMOVICH, *op. cit.* p. 56.

3.2 As ações coletivas no mundo

Desde então, as ações coletivas vêm se expandindo bastante no contexto internacional. De acordo com as conclusões apresentadas no XIII Congresso Mundial de Direito Processual, realizado em Salvador/BA, entre os dias 16 e 22 de setembro de 2007, e condensadas no relatório do Tema nº 5, intitulado “Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas”, há diversos países de raiz de direito *civil law* que possuem um sistema de processos coletivos já estruturado (como, por exemplo, Brasil, Colômbia, Israel, Noruega, Portugal e Suécia, além das províncias de Catamarca e Rio Negro, na Argentina); há países que contam com algumas disposições ou técnicas em matéria de processos coletivos (como Uruguai, Holanda, Costa Rica, Argentina, Peru, Venezuela, Japão, Bélgica, Dinamarca e Rússia); há aqueles que apresentam leis setoriais e matéria de processos coletivos (como Alemanha, Áustria, Espanha, França, Itália, Suíça, Chile, México e Paraguai); assim como aqueles onde existem projetos de lei e debates em andamento sobre o tema (Áustria, Bélgica, Brasil, Costa Rica, Dinamarca, França, Japão e Suécia)²⁵. Além, é claro dos países de *common law*, berço histórico do instituto das ações coletivas (Estados Unidos, Canadá, Reino Unido e Austrália).

Os influxos da *common law* referentes às ações coletivas despertaram bastante interesse nos países de tradição romano-germânica assim que levados à discussão como instrumento processual de acesso à justiça. As análises capitaneadas por Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Proto Pisani, Vincenzo Vigoriti e Nicolò Trocker, estudiosos que, no Congresso de Pavia, em 1974, precisaram os conceitos de interesses coletivos e difusos, logo tomaram o mundo.

Segundo registra Ada Grinover²⁶:

O reconhecimento e a necessidade de tutela desses interesses puseram de manifesto sua configuração política. Deles emergiram novas formas de gestão da coisa pública, em que se afirmaram os grupos intermediários. Uma gestão participativa, como instrumento de racionalização do poder, que inaugura um novo tipo de descentralização, não mais limitada ao plano estatal (como descentralização político-administrativa), mas estendida ao plano social, com tarefas atribuídas aos corpos intermediários e às formações sociais, dotados de autonomia e de funções específicas. Trata-se de uma nova forma de limitação ao poder do Estado, em que o conceito unitário de soberania, entendida como soberania absoluta do

²⁵ O relatório geral foi publicado em livro, no Brasil, in: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de *civil law* e *common law***: uma análise de direito comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 365 p.

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de *civil law* e *common law***: uma análise de direito comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 229-230.

povo, delegada ao Estado, é limitado pela soberania social atribuída aos grupos naturais e históricos que compõem a nação.

Nesse passo, é importante ilustrar o cenário mundial do processo civil coletivo e a maneira, mais ou menos avançada, que diversos países estão adotando em suas legislações²⁷. O comparativo internacional possibilita acompanhar o panorama das ações coletivas em diversos países e famílias de sistemas jurídicos e mostrar a evolução e as novas diretrizes do tema, de modo exemplificativo, sem análise mais profunda dos referentes históricos ou circunstanciais de cada modelo estudado.

Uma vista sobre análises que os doutrinadores fazem dos sistemas de processo coletivo de seus próprios países dá a dimensão da importância que a economia processual, o acesso à justiça e a racionalização de procedimentos judiciais (praticidade) têm na conformação do status democrático de um Estado de direito.

Garry Watson, analisando a introdução das ações coletivas no Canadá, responde à pergunta “qual é o porquê das ações coletivas”, referindo-se ao Reporte da Comissão da Lei de Reforma de Ontário sobre as ações coletivas, de 1982, que recomendou a introdução do instrumento processual naquela província. Três escopos políticos foram identificados pela Comissão: o primeiro, e mais importante, seria proporcionar um maior acesso à justiça, permitindo que os custos do litígio fossem divididos entre a totalidade do grupo, tornando economicamente possível a persecução de pretensões que de outra maneira não seriam tuteladas (o que o jargão denomina de “pretensões não viáveis”, posto que os custos processuais inviabilizam pretensões de quantias modestas); o segundo objetivo seria melhorar a eficiência judicial, já que as ações coletivas evitariam multiplicidades de determinação das condições de fato e de direito dos litígios postos em juízo, diminuindo o risco de decisões inconsistentes, inerentes às múltiplas demandas individuais; o terceiro objetivo seria almejar uma modificação de comportamento, esvaziando os riscos de os causadores de danos massivos de pequena monta saírem ilesos da obrigação de reparar os prejuízos causados, realçando a função preventiva da lei²⁸.

Na Austrália, país que segue a tradição da *common law*, as ações coletivas

²⁷ Para estudos mais aprofundados sobre direito processual coletivo comparado: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). **Procesos colectivos**: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 2004; CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**: história, teoria e prática. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

²⁸ WATSON, Garry. Las acciones colectivas en Canadá. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). **Procesos colectivos**: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 2004. p. 27-28. Segundo o autor, as cortes canadenses, ao

chegaram em feição moderna no ano de 1992, com a promulgação de uma nova da Lei da Corte Federal daquele país, que, registre-se, fala de um “procedimento representativo”, em vez de utilizar-se do termo *class action*. De forma pragmática, típica do direito de origem anglo-saxã, erige três requisitos para o início apropriado da ação: (1º) que no mínimos sete pessoas litiguem contra uma mesma parte, (2º) que a demanda surja de questões similares, idênticas ou relacionadas, e (3º) que o substrato jurídico ou factual seja comum²⁹.

De modo semelhante, opera-se o processo coletivo em Singapura, em que a representatividade também é vislumbrada como uma “regra de conveniência”, que deve ser flexibilizada sempre que numerosas pessoas tenham o mesmo interesse em qualquer procedimento. Interessante que naquele país (também de *common law*), inexistem leis específicas a respeito do tema, baseando-se as decisões judiciais em inúmeros precedentes que se vem desenvolvendo desde o julgamento *Duke of Bedford v Ellis*, ocorrido ainda nas primeiras décadas do século XIX. Ao longo dos anos, a Alta Corte da Malásia tem tido a oportunidade de desenvolver os temas de interesse jurídico pertinentes, como o “motivo da queixa comum”, o “interesse comum” e a “solução benéfica para todos os membros do grupo”³⁰.

Outra não é a orientação do Comitê de Processo Civil da Noruega³¹, país que recentemente se submeteu a uma revisão total de suas leis processuais, tendo aprovado, em 4 março de 2005, o novo “Dispute Act 2005/90”, cujas regras devem entrar em vigor a partir de 2008, implementando, dentre outras inovações, as ações coletivas (no seu capítulo 35)³². Nos estudos que levaram à aprovação das novas normas processuais, o Comitê assinalou que o processo não tem justificação em si mesmo, mas pode servir como um remédio para alcançar a lei substancial, e se o limite da corte é demasiado alto para que a gente comum dela se socorra, o sistema processual é falho e deve socorrer-se de técnicas que permitam desenhar estruturas de maneira a permitir custos razoáveis ou proporcionais aos valores discutidos em juízo³³.

interpretarem a legislação, constantemente se referem a esses objetivos sociais e políticos.

²⁹ WILCOX, Murray. Las acciones colectivas en Australia. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). **Procesos colectivos**: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 2004. p. 42-43.

³⁰ PINSLER, Jeffrey. Las acciones colectivas en Singapur. . In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). **Procesos colectivos**: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 2004. p. 57 e ss.

³¹ Os sistemas jurídicos dos países escandinavos não pertencem nem à família da *common law*, nem à tradição romano-germânica, constituem um ramo próprio do direito.

³² GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law**: uma análise de direito comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 61.

³³ REUSCH, Christian. Las acciones colectivas en Noruega. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo

Mas, na Europa, de um modo geral, somente as associações, e não os membros do grupo, é que são legitimados a representar o interesse do grupo³⁴. São as denominadas “ações associativas”. Lá, os únicos remédios existentes para proteger os direitos do grupo são as ordens judiciais (*injunctions*) e as sentenças declarativas. Esses dois enfoques fazem com que o modelo europeu não se pareça baseado na “class action” norte-americana. Entretanto, trata-se de um equívoco de concepção, já que a essência das ações de classe não reside nem na representação por um membro do grupo, nem na composição de danos como objeto único da tutela³⁵.

Em Israel, país cujo sistema legal, assim como a Escócia, a África do Sul, o Sri Lanka, o estado norte-americano da Louisiana e a província canadense do Quebec, chama a atenção por uma rara peculiaridade: seus princípios jurídicos são modelados por regras e conceitos ecleticamente oriundos das duas grandes árvores do direito ocidental: a *common law* e o direito romano (denominado sistema “misto”³⁶), as ações coletivas assentaram-se definitivamente em 2006, com a Lei de Ação de Classe. Anteriormente, a falta do estatuto coletivo geral era parcialmente suprida pelas adaptações feitas aos procedimentos individuais previstos em lei e naqueles atinentes à Lei de Proteção ao Consumidor e à Lei do Mercado de Valores, deixando, contudo, vazios em diversas áreas não abrangidas por essas leis³⁷. Apesar de disposições mais “publicistas”, a lei israelense é de nítida inspiração no modelo norte-americano das *class actions*, o que é enfatizado pelo fato de seu parágrafo quarto listar os legitimados à ação, listando em primeiro lugar “o indivíduo que tenha relevante pretensão baseada em questões de direito ou de fato comum ao grupo ou a pessoas que são parte de uma classe, em nome da classe”³⁸.

Ferrer (Coords.). **Procesos colectivos**: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 2004. p. 143.

³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law**: uma análise de direito comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 56: “Group actions or class actions (in a very broad sense of the word) already exist in almost all Member States of the European Union and in some other European countries as well. Actions can be brought by organisations or government agencies, although mainly seeking injunctions, and not by individual members of the class. However, individual, private class actions brought by an individual class member as plaintiff, as well as organisation actions and public actions seeking monetary compensation for members of the class were almost non-existent in Europe until 2002, when all of these rights of action were introduced into Swedish law at the same time”.

³⁵ Cf. GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil**. Trad. de Lucio Cabrera Acevedo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 32.

³⁶ Explicado, em parte, por ter sido o país ocupado pela Grã-Bretanha após a Primeira Guerra Mundial até sua independência, em 1949.

³⁷ GOLDSTEIN, Stephen. Las acciones colectivas en Israel. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). **Procesos colectivos**: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 2004. p. 220.

³⁸ GRINOVER, *op. cit.* p. 67.

Até mesmo a China, que tem uma forte tradição coletiva, aliada a um isolamento histórico apenas recentemente vencido, parece ter-se rendido ao modelo das *class actions* norte-americanas. Sua Lei de Processo Civil de 1991 permite explicitamente litigar por meio desse instrumento processual, buscando compensações por danos causados por poluição, propaganda falsa, violações contratuais e infrações às regras dos mercados de valores. Ainda que a Administração Pública chinesa tenha papel relevante e resolva a maior parte das demandas coletivas, a década de 90 viu uma explosão de litígios civis chegando aos tribunais via ações coletivas. Nesse ponto, os chineses parecem estar fortemente fixados na experiência norte-americana³⁹.

Na Colômbia, a Ley 472, de 5 de agosto de 1998, introduziu a tutela coletiva por dois meios processuais distintos: as ações populares e as ações de grupo⁴⁰.

As ações populares são remédios próprios e únicos para prevenir e reparar danos coletivos. É correlata à ACP brasileira, que entre nós, entretanto, não é a única opção para tutela coletiva de direitos. Suas principais características: a) o rol de direitos protegidos não é taxativo; b) não diferencia interesses difusos de coletivos, o que as aproxima das *class actions* norte-americanas; d) a legitimação é a mais ampla possível, o que também provém das *class actions*, nas quais o indivíduo é apto para pleitear a tutela coletiva, cabendo ao juiz analisar a adequação da representação (*adequacy of representation*); e) a intervenção do Ministério Público não é obrigatória. Interessante notar que a lei possui um capítulo exclusivamente dedicado aos incentivos aos autores demandantes, possibilitando que o juiz fixe-lhes uma verba mensal entre dez e cento e cinquenta salários mínimos (art. 39) e, também, uma “recompensa” de quinze por cento do total dos valores recuperados pela Administração Pública em virtude de ações populares para proteção do erário (art. 40).

As ações de grupo (ações coletivas para a tutela de interesses ou direitos individuais homogêneos) podem ser intentadas por pessoas físicas ou jurídicas que tenham sofrido um prejuízo individual (art. 47), exigindo a jurisprudência um mínimo de vinte pessoas no grupo.

Georgios Alexandridis, ao analisar a legislação colombiana identifica, ainda, que a farta publicidade institucional das ações coletivas, que são bastante divulgadas, aliada à

³⁹ LIEBMAN, Benjamin. Las acciones colectivas en China. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). **Procesos colectivos**: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 2004. p. 427.

⁴⁰ COLÔMBIA. Ley 472 de 1998, (agosto 5), por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. Disponível em http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/L0472_98.HTM. Acesso em 03 de jun. 2007.

prioridade de tramitação, tornam-nas bem mais efetivas⁴¹.

3.3 Tendências observadas nas legislações

É imperioso observar que o comparativo entre as legislações oriundas da *common law* e da *civil law*, apesar da dissonância sistêmica e histórica entre essas duas grandes árvores do direito, leva em consideração que o ramo continental espelhou-se bastante nas *class actions* norte-americanas, mas ainda não atingiu a maturidade desta última, que no seu berço, os Estados Unidos, já passou por grandes e cíclicas reformas processuais, bastante contextualizadas com a política daquele país, e com a tradição mais liberal, contratual e individualista de sua tradição jurídica.

Por isso, e de maneira geral, pode-se dizer que, no tocante à teoria das ações coletivas, as implementações legislativas observadas nos países de *civil law* verdadeiramente “derivam” das anglo-saxãs.

Nos sistemas jurídicos oriundos da *common law*, ou nela espelhados, observa-se maior abertura para a legitimação ativa de um ou mais componentes do grupo que possam representar em juízo o grupo todo. Noutros, a preferência por órgãos, sejam públicos (Ministério Público, defensorias, *defensores del pueblo* etc.), sejam privados (associações). E há ainda aqueles em que o desenvolvimento do tema ainda é embrionário ou relegado pelos ordenamentos vigentes.

De acordo com o comparativo geral relatado por Ada Grinover no XIII Congresso Mundial de Direito Processual, as novas tendências em matéria de legitimação, coisa julgada, bens tutelados, ações cabíveis e esquemas de processo individual utilizados nas ações coletivas indicam que, mais que uma tendência, trata-se de um verdadeiro caminho evolutivo ampliar ao máximo a abrangência dos objetos tutelados coletivamente, englobando direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos⁴².

E quanto à legitimação ativa, há dois trilhos principais que conduzem as soluções: o privilégio à legitimação privada, atribuída a pessoas físicas e organizações; ou as legitimações mistas, que incluem também órgãos públicos como ombudsman, defensores do

⁴¹ Cf. ALEXANDRIDIS, Georgios José Ilias Bernabé. O direito processual coletivo na Colômbia: principais aspectos. **Revista de Direitos Difusos**. Rio de Janeiro, vol. 37, p. 8-14, o autor também crê necessária, para aumantar a eficácia das ações coletivas no Brasil, a criação de um banco de dados de mandas coletivas, que evite a sobreposição de demandas e maximize a tutela judicial.

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de *civil law* e *common law***: uma análise de direito comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 233 e ss.

povo, Ministério Público etc.⁴³:

A legitimação privada, que se prende ao modelo das *class actions* norte-americanas, tem como fundamento o receio de que a abertura da legitimação possa levar a abusos. A legitimação mista responde ao anseio do mais amplo acesso à justiça e ao princípio da universalidade da jurisdição: um número cada vez maior de pessoas e uma tipologia cada vez mais ampla de causas que acedem à justiça.

Quanto mais amplas as formas de legitimação, logo se vê, maior o acesso à justiça e maiores as oportunidades de expressão política via processo concedidas aos corpos intermediários. Assim, é natural que as legitimações estritamente privadas ou estritamente públicas percam terreno frente às legitimações “mistas”.

Essas duas tendências (quanto ao objeto e quanto à legitimidade) repercutem bastante na análise do panorama brasileiro dos direitos tributários sob tutela coletiva, pois, de um lado, nosso sistema conta com um obstáculo processual expresso à veiculação de lides dessa natureza via processo coletivo, e, de outro, por conta de peculiaridades culturais e sociais próprias do país, no que diz respeito ao exercício da cidadania e à representação em juízo de setores da sociedade organizada em enfrentamento ao Poder de Tributar, bastante insipiente (e atavicamente dependente da iniciativa do Ministério Público, como será visto mais adiante).

3.4 As ações coletivas no contexto do processo contemporâneo

A previsão de ações coletivas nos modernos ordenamentos jurídicos visou, sobretudo, atacar algumas incongruências da ciência processual civil, cuja história e desenvolvimento assentaram-se firmemente na tradição liberal individualista. Dentre essas incongruências, são de relevo o acesso à justiça, a economia processual e o equilíbrio das partes no processo.

Os danos patrimoniais multitudinários, em sua grande maioria, não possuem repercussão econômica em grau tal que viabilize uma lide individual para a recuperação do prejuízo sofrido, o que acarreta, para aquele que perpetra o dano, consideráveis ganhos de escala (quanto maior o número de lesados, maior o número de prejuízos individuais sofridos numa ponta, e maior os lucros auferidos de maneira concentrada, noutra); e para aqueles que suportam o prejuízo, decréscimos patrimoniais irrisórios, mas, ainda assim, injurídicos.

Nesse contexto, as normas legais que garantem esses pequenos direitos

⁴³ *Ibid.*, p. 237.

patrimoniais, “direitos de bagatela”, são apenas formais, uma vez que não há proteção processual efetiva para sancionar essas ocorrências e, por outro turno, barrar a intenção daquele que perpetra pequenos, mas inúmeros vilipêndios, com a certeza de que o direito será efetivado, e o lucro porventura auferido com tais práticas deverá ser ressarcido.

Mas, como viabilizar as pequenas demandas? Somente pelo ataque ou defesa coletivos, porque, individualmente consideradas, buscar o ressarcimento é contraproducente e irracional: quem gastaria mais no processo do que espera receber ao final da demanda? Mas, se cumuladas, o valor patrimonial a ser perquirido na causa tende a aumentar consideravelmente, o que atrairia, pelo menos, bons advogados vislumbrando receber honorários no feito. Isso sem contar os incentivos psicológicos que a agregação dos feitos proporciona: a união de “pequenos credores” viabiliza o enfrentamento dos grandes devedores; a existência de defesa técnica adequada repercute naqueles que não estariam dispostos a enfrentar uma lide sozinhos e arcar com custos exorbitantes no processo contra partes bem estruturadas e cheias de recursos (geralmente grandes corporações ou até, o próprio Estado); reflete também naqueles que não possuem níveis adequados de informação para litigar individualmente e que podem ser representados por terceiros no processo coletivo etc.

A pulverização de ações também atormenta o Poder Judiciário e escoa recursos estatais na administração de milhares de processos repetitivos ou irrisórios, ocupando em demasia o tempo de servidores públicos e de juízes, debruçados sobre filas e filas de decisões absolutamente idênticas e quem bem podem ser arregimentadas sob procedimentos efetivos de enfoque coletivo⁴⁴.

O equilíbrio das partes no processo é outro escopo das ações coletivas. Como introduzir “paridade de armas” num contexto econômico altamente desigual de partes processuais? Como cidadãos carentes de tudo (estudo, transporte, renda, informação) podem fazer-se representar processualmente frente às Fazendas Públicas, aos grandes bancos, às grandes indústrias? Só através de adequada representação. De outras pessoas, físicas ou jurídicas, que possam lhe fazer as vezes e litigar em patamares mais igualitários com os “poderosos” (entendidos assim todos aqueles que, por inúmeras razões, ostentam posição jurídica mais confortável no processo).

⁴⁴ Inúmeras técnicas, que não o processo coletivo, atacam o problema do custo da justiça e de sua consequência direta, a morosidade. Dentre elas, os juizados especiais, a composição extrajudicial, as súmulas vinculantes, os mecanismos impeditivos de recursos protelatórios etc.

3.5 Direitos objeto das ações coletivas

Falar de direitos metaindividuais (ou coletivos) é tentar precisar indeterminações não muito fáceis de serem conceituadas. Pela vagueza dos termos com que se debatem o legislador e o jurista, naturalmente vinculados a conceitos aprendidos por anos a fio nos bancos de faculdade, que sempre teimaram em atar “um titular” a “um direito”, expressando o chamado “direito subjetivo”. Frente à dificuldade primeira, que é identificar um “sujeito de direitos coletivos”, preferiu a doutrina escorar-se no termo “interesse”, o que gerou discussões intermináveis. Tratar-se ia de direitos ou de interesses coletivos?

Mas há importância nessa distinção? Ou perdeu tempo quem se pôs a discuti-la?

A clássica nota distintiva entre direitos e interesses é a proteção dada pela norma jurídica: se existente, está-se frente a um direito; caso contrário, mero interesse, entendido tal como definido na *teoria do interesse*, de Ihering, para quem o direito subjetivo seria um interesse juridicamente protegido por meio de uma ação prevista e positivada para tanto, ou seja, dois elementos, o material (interesse) e o formal (proteção jurídica) comporiam a noção de direito subjetivo.

Essa dicotomia é de raiz profundamente liberal e originou-se numa época em que a titularidade e o exercício dos direitos só eram concebidos se estivessem juridicamente atrelados “ao indivíduo” e nele fortemente delimitados. Só era admitida pela dogmática a existência dos direitos subjetivos cuja titularidade fosse precisamente delimitada e diretamente vinculada a um indivíduo. O interesse, como se deflui da análise do pensamento jurídico dominante no século XIX e grande parte do século XX, não tinha muita relevância normativa.

Apesar de antiga, a distinção influencia, ainda hoje, a formação dos juristas, a interpretação das leis e acarreta, no âmbito do direito processual civil, a impossibilidade de se resolver as muitas e intrincadas questões que se colocam mediante a aplicação irrestrita dos conceitos, institutos e técnicas concebidos para a solução de conflitos de índole eminentemente individualista, que remontam à época do Estado liberal, época de início do processo histórico de afirmação dos direitos do homem⁴⁵.

De fato, a concepção de um direito subjetivo diretamente vinculado a um titular determinado ou determinável impediu até muito recentemente no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, que vários tipos de “interesses” pudessem ser havidos por

⁴⁵ CARVALHO, Acélio Rodrigues. **Substituição processual no processo coletivo**: um instrumento de

juridicamente protegíveis. Era a estreiteza da concepção tradicional do direito subjetivo, marcada profundamente pelo liberalismo individualista, que obstava essa tutela jurídica. Hoje, a concepção mais larga do direito subjetivo abrange também o “interesse”, alçando-o a ser objeto de tutela jurídica⁴⁶.

Essa evolução conceitual é produto da cultura, da conjuntura política que, em determinado momento histórico, transforma interesse em direito, valorando sua carga representativa e postando sob o manto protetivo do ordenamento. Nem sempre, portanto, o interesse encontra-se protegido pelo ordenamento jurídico, conforme assevera Paulo Garrido de Paula, se a razão entre o sujeito e o objeto não encontra proteção jurídica, não pode o interesse ser tutelado pela sentença⁴⁷.

Com o advento da ação civil pública, como será visto adiante, parece que essa distinção doutrinária tornou-se ultrapassada, não por terem morrido as idéias que lhe serviram de fundamento ou por terem se tornado antiquadas e desconectadas com o panorama jurídico atual, mas, simplesmente porque o microsistema processual coletivo brasileiro, firmemente escorado na letra da Lei de Ação Civil Pública, não a acomoda⁴⁸.

Realmente, a LACP não distingue direito de interesse, mas, Ada Grinover, analisando essa opção legislativa, chama a atenção para a utilidade dessa topologia dicotômica, muito importante em países que adotam o contencioso administrativo, bem como pelo fato de tradicionalmente os direitos subjetivos serem exclusivamente aqueles que se titularizam em mãos de sujeitos determinados, registra⁴⁹:

efetivação do Estado democrático de direito. São Paulo: Pillares, 2006. p. 30-31.

⁴⁶ WATANABE, Kazuo. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 800-801.

⁴⁷ DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. Direitos e interesses e sua proteção jurisdicional. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos**: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 449.

⁴⁸ Os estudiosos das ações coletivas sempre se debruçam sobre a equivocidade do termo interesse coletivo, visto tratar-se de um apontamento de requisito para a compreensão da tutela coletiva. Por exemplo, PISANI, Andrea Proto. *Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o piu esattamente: superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario.* In: **Le azioni a tutela di interessi collettivi**: atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974). Padova: Cedam, 1976. p. 263: “*L’espressione “interessi collettivi” è – almeno così come è adoperata negli scritti recenti – una espressione altamente equivoca. Partecipando ai congressi dedicati all’argomento si ha l’impressione (ma è più che una impressione) che l’espressione sia adoperata in significati spesso radicalmente diversi dagli amministrativisti, dai civilisti, dai costituzionalisti, dai giuraboristi: ciascuno ha presente dei fenomeni e problemi particolari – non sempre esplicitati – e con riferimento ad essi e ad essi soli rischia spesso di svolgere un discorso che, almeno apparentemente, ha la pretesa della generalità. Cosa sia poi questa figura dell’interessi collettivo, come essa distingua o interferisca con gli interessi pubblici generali, con le figure del diritto soggettivo e dell’interesse legittimo, è tuttora estremamente oscuro, così com’è ancora poco chiaro se le due espressioni interessi collettivi e interessi diffusi siano adoperate come sinonimo o no*”.

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 50.

No Brasil, onde essa distinção não tem qualquer valia prática – porquanto o sistema de jurisdição é uno, com todas as controvérsias levadas exclusivamente à solução do Poder Judiciário – a Lei de Ação Civil Pública (LACP) preferiu adotar a terminologia “interesses ou direitos”. Até porque, inexistindo diversas competências para uns e outros, se pode concluir que, no ordenamento brasileiro, todo interesse protegido pelo direito é um verdadeiro direito, apesar da indeterminação maior ou menor de seus titulares.

O texto legal, ao mencionar a tutela de “qualquer interesse”, não deixa lacunas no sistema jurídico positivo nacional que possa habilitar interpretações restritivas no sentido de conceber um interesse coletivo, qualquer que seja ele, que não possa ser considerado passível de tutela por essa via processual. Se considerado “interesse coletivo”, automaticamente é protegido pela norma e, por isso, passível de ser tutelado, tenha ou não sido positivado em letra de lei, o que os torna, *ultima ratio*, verdadeiro “direito” na concepção jurídica mais tradicionalista⁵⁰.

Para Rony Ferreira, a opção legislativa impede “intermináveis discussões que por certo seriam travadas no sentido de saber se determinada situação concreta configuraria, ou não, direito subjetivo, na sua clássica significação de interesse juridicamente protegido”⁵¹.

Cabe registrar, que apesar de a maioria dos doutrinadores dar a discussão a respeito da distinção interesse vs. direito como superada, os diversos anteprojetos de código de processo coletivo em discussão ainda mantêm o uso diferenciado de ambas as terminologias, em evidente contra senso, por terem o mesmo significado jurídico⁵².

Dentre os chamados direitos metaindividuais pode-se distinguir claramente aqueles que são essencialmente coletivos e aqueles que são individuais em sua origem, mas que o ordenamento, por conta de critérios de política jurídica, dá-lhes proteção processual coletiva, ou “tratamento coletivo”. Os primeiros, a doutrina subdivide em coletivos *strictu sensu* e difusos, os outros, denomina de individuais homogêneos. O CDC brasileiro adotou essa distinção, que merece ser analisada:

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;

⁵⁰ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 304, por exemplo, salienta que as noções de interesse e direito não são separadas por traços muito nítidos: “O interesse, tomado não como ‘o meu’ ou ‘o seu’ interessem mas tendo em vista os valores gerais da sociedade, não há dúvida de que é elemento integrante do direito subjetivo, de vez que expressa sempre interesse de variada natureza, seja econômica, moral, artística etc.”

⁵¹ FERREIRA, Rony. **Coisa julgada nas ações coletivas**: restrição do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2004. p. 55.

⁵² Cf. BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ação civil pública**. 2. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 42.

- 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.

A lei (CDC) traz todos os elementos-conceito dos direitos coletivos: são aqueles 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.

Deflui a norma que os titulares podem ser matematicamente apontados, são determináveis, pouco importando se há, ou não, dificuldade fática de se proceder a este levantamento. Já a indivisibilidade do objeto, segunda característica, é definida de modo paradoxal, mas eficaz, por Motauri Ciocchetti como “aquele que pertence a todos e a ninguém ao mesmo tempo”: um direito comum, impossível de se especificar a parcela que cabe a cada qual. A classe, categoria ou grupo – distinção sem importância – objetiva explicitar que os membros do grupo devam ter alguma vinculação entre si, a chamada relação jurídica-base (como, por exemplo: os condôminos de um edifício, os sócios de um clube etc.).⁵³

Os direitos difusos têm origem comum, entretanto, não há liame jurídico previamente estabelecido entre seus titulares. É exatamente nesse ponto que reside a diferença desses direitos com os direitos coletivos *strictu sensu*, pois o liame entre os titulares do direito é apenas fático. Seus titulares não podem ser determinados, mas podem ser estimados.

Os exemplos mais úteis a descrevê-los dizem respeito às causas ambientais. Pessoas intoxicadas pela poluição em uma cidade: quantas são? Pode-se estimar um número, mas é quase impossível indicar exatamente quais os indivíduos afetados. Note-se que também, não há vínculo jurídico a unir essas pessoas, apenas uma questão de fato, a intoxicação.

O direito individual homogêneo foi introduzido no ordenamento brasileiro pelo CDC. Nesse diploma consta que os interesses ou direitos individuais homogêneos são aqueles entendidos como decorrentes de uma origem comum. Apesar da simplicidade adotada pela lei, a doutrina, de maneira geral, define os direitos ou interesses individuais homogêneos como aqueles que dizem respeito a um número determinável de pessoas, titulares de objetos divisíveis e que estão ligadas entre si por um vínculo fático, de corrente da origem comum das

⁵³ SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Ação civil pública e inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 6. Exemplifica a indivisibilidade do objeto com um caso em que uma administradora de consórcios proponha um aumento nas cotas dos consorciados, questionado judicialmente. O resultado da demanda beneficiará, ou prejudicará, a todos, independentemente de terem querido, ou não, participar da ação.

lesões⁵⁴.

São direitos individuais em sua origem, mas tratados de forma coletiva por opção legal, o que faz com que alguns o definam como “acidentalmente coletivos.” Trata-se de um direito (a) subjetivo, porque pode ser invocado e deduzido em tutela judicial; (b) relativo por não ser oponível a todos, mas somente ao causador da lesão; (c) patrimonial ou extra-patrimonial, de acordo com seu objeto; e (d), divisível⁵⁵.

É na divisibilidade do objeto que reside a diferença primordial entre os direitos individuais homogêneos e os direitos coletivos. Isso porque a mensuração individual do dano sofrido é perfeitamente possível de ser realizada (diferente do que ocorre com os direitos difusos ou coletivos *strictu sensu*). Ou seja: nada obsta que a reparação jurídica da lesão possa ser intentada individualmente.

A lei permite, contudo, que, na seara consumerista, possam esses direitos ser tutelados de forma coletiva por conta de sua origem comum. A razão para isto é extremamente racional: economia de processos. Se de um único fato originam-se “n” pretensões, num único processo podem elas ser solucionadas com as seguintes vantagens para o Estado-juiz: (a) economia das receitas públicas que seriam necessárias para custear todo o aparato judicial necessário para movimentar e sentenciar todos os “n” processos que porventura pudessem ser individualizadamente intentados; (b) assegurar, numa única decisão, tratamento uniforme para questões idênticas, o que, novamente, racionaliza a atividade julgadora, evitando gastos em confrontos de decisões discrepantes geralmente levadas às instâncias recursais.

Para os potenciais autores individuais, as seguintes vantagens: (a) economia de escala com custas processuais; (b) viabilização econômica da lide por meio da agregação de vários litigantes em um único pólo⁵⁶.

O ponto central no tocante ao processamento coletivo de lides decorrentes de lesão a direitos individuais homogêneos, como se verá, refere-se à economicidade do procedimento, tanto no seu aspecto processual (várias lides encapsuladas em uma só), quanto no seu aspecto econômico *strictu sensu* mesmo (barateamento de custos processuais, tanto para a Administração da Justiça quanto para os demandantes).

Ressalte-se que, para a defesa dos interesses individuais a própria CF, em seu art.

⁵⁴ SOUZA, Motauri Ciochetti de. **Ação civil pública e inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 10.

⁵⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 38.

⁵⁶ Cf. SOUZA, Motauri Ciochetti de. **Ação civil pública e inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 11-12.

133, prevê a indispensabilidade do advogado, com remessa à legislação infraconstitucional, mormente ao art. 67 e seguintes da Lei 4.215, de 27.4.63, o Estatuto da OAB⁵⁷.

3.6 Definição de ação coletiva

De maneira breve, as ações coletivas podem ser definidas como aquelas em que um demandante – um membro ou não de um grupo específico – instaura uma demanda em benefício do grupo sem a permissão expressa dos membros deste grupo, e isso dá lugar a um juízo que é obrigatório em favor ou contra os membros do grupo⁵⁸.

José Vigliar critica o aparte que a doutrina faz entre ação coletiva e ação civil pública⁵⁹:

A partir, então, da possibilidade da defesa em juízo de interesses individuais que se comportam como se fossem coletivos, surge na doutrina, e mesmo passa a vigorar como se mandamento fosse, a idéia que pretende atrelar à defesa dos interesses individuais homogêneos a expressão ação coletiva. Numa palavra: multiplicando-se a adjetivação indevida, como num renascimento do imanentismo, cria-se mais uma “categoria de ações”. Para os adeptos dessa teoria (que a própria praxe forense jamais consagrou), teríamos: ação civil pública para os interesses difusos e para os coletivos e ação coletiva para os individuais homogêneos. Será que a expressão ação coletiva não seria a mais adequada para expressar as duas realidades?

Para Sérgio Shimura, a expressão “ação coletiva” (não individual) constitui gênero que alberga todas as ações que tenham por objeto a tutela jurisdicional coletiva, diferenciando-se da “ação individual”, que tem por finalidade veicular pretensão puramente subjetiva e particularizada⁶⁰.

A definição de Antonio Gidi, tão pragmática como a *common law* que se dedica a estudar, diz ser coletiva a ação proposta por um legitimado autônomo, em defesa de um direito-objeto que é considerado de forma coletiva, submetida ao final a uma sentença cujos efeitos da coisa julgada vincularão toda uma coletividade⁶¹. Para Luciano Rocha, é o receber tratamento coletivo – e não o ser direito coletivo – que nos aproxima de uma definição para

⁵⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Propositura, pelo Ministério Público, de ações para a tutela de interesses de particulares e ações civis públicas. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 332, p. 246.

⁵⁸ VIITANEN, Klaus. Las acciones colectivas en Finlandia. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). **Procesos colectivos**: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada. 2. ed. México: Editorial Porruá, 2004. p. 125.

⁵⁹ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva? In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública** – Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 451.

⁶⁰ SHIMURA, Sérgio. O papel da associação na ação civil pública. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 151.

⁶¹ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 16.

ação coletiva⁶².

Exatamente dessas premissas práticas, de tratar coletivamente casos que o racionalismo democrático escolhe viabilizar pela via da tutela coletiva, que provê o acesso à justiça da forma a mais ampla possível, fazendo do processo um meio de cidadania, e do aparato judiciário um palco de instrumentalização consciente da finalidade de efetivar os direitos substantivos de forma ágil para o cidadão e pouco custosa para o Estado.

3.7 Incurso histórico das ações coletivas no Brasil

A história das ações coletivas no Brasil começou em passado bastante recente. Seu desenvolvimento revestiu-se de dificuldades e perplexidades frente à novidade temática trazida do estrangeiro. Nas palavras de Alcides Costa⁶³:

[...] estas perplexidades decorrem do fato de que, no Brasil, a instituição das ações coletivas a nível amplo e geral não foi precedida de relevantes discussões ou debates a nível doutrinário ou jurisprudencial. Na verdade, o legislador brasileiro, aproveitando-se da experiência estrangeira no trato das ações coletivas, tal como ocorria na Itália, Alemanha e mesmo Estados Unidos, desde logo editou a Lei 7.347, de 1985, a Lei da ação Civil Pública, inaugurando assim uma nova fase do processo civil, mais afinada com os anseios e a ideologia da época, em que há evidente preocupação com os crescentes conflitos de massa, com os postulados de acesso à justiça, de pacificação social dos conflitos e de afirmação do conceito de cidadania.

Pode-se distinguir a história das ações coletivas em duas fases bastante distintas: o antes e o depois da Lei de Ação Civil Pública.

Os principais diplomas legais regentes do tema antes da LACP podem ser assim cronologicamente enumerados⁶⁴:

- Consolidação das Leis do Trabalho (DL nº 5.452/1943): prevê o dissídio coletivo e respectiva ação de cumprimento;
- Lei nº 3.164/1957, complementada pela Lei nº 3.052/1958: legitimavam o Ministério Público e as entidades prejudicadas para propositura de ações contra enriquecimento ilícito de agentes públicos;
- Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/1965): legitima o cidadão para a tutela

⁶² ROCHA, Luciano Velasque. Por uma conceituação de ação coletiva. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 107, p. 276.

⁶³ CUNHA, Alcides A. Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 77, p. 225. Em contrapartida, GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil**. Trad. de Lucio Cabrera Acevedo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 19, afirma que, na própria Itália, os estudos foram rechaçados como uma curiosidade excêntrica de acadêmicos “esquerdistas”.

⁶⁴ SILVA, Sandra Lengruber. **Elementos das ações coletivas**. São Paulo: Método, 2004. p. 32-34.

jurisdicional de determinados direitos difusos referentes à anulação de atos lesivos e à indenização de prejuízos causados ao patrimônio público;

– Decreto nº 83.540/1979: disciplinou a propositura, pelo Ministério Público, de ação de responsabilidade civil por danos decorrentes de poluição por óleo;

– Lei nº 6.938/1981: ação de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente;

– Lei Complementar nº 40/1981 (Lei Orgânica do Ministério Público): o art. 3º, III, instituía como função do Ministério Público promover a ação civil pública.

Em 1985 foi promulgada a Lei de Ação Civil Pública – LACP (Lei nº 7.347/1985), considerada uma “revolução” na ordem jurídica brasileira por assentar de vez, e em linhas processuais mais generalistas, a tutela de situações que envolvessem direitos e interesses supra-individuais. Iniciava-se, realmente, um novo influxo sobre a processualística civil brasileira.

A LACP previu procedimento específico para a tutela coletiva, com as “injunctions” (mandamentos judiciais de fazer ou de não fazer), e com a recomposição dos danos globais sofridos pelo grupo, decorrentes de ofensas a direitos difusos ou coletivos. A grande lacuna ficou por conta da ausência de tutela às violações dos chamados direitos individuais homogêneos, que só posteriormente seria encampada no ordenamento, ainda que de modo parcial, pelo Código de Defesa do Consumidor e por algumas leis esparsas, como a Lei nº 7.913/89 (vide adiante).

Pouco depois, a nova Constituição brasileira sedimentaria, em nível legislativo máximo, a novidade processual:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
omissis...

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Após o texto constitucional, vieram também:

– Lei nº 7.853/1989, defesa das pessoas portadoras de deficiência;

– Lei nº 7.913/89, defesa dos investidores do mercado de títulos e valores mobiliários;

– Lei nº 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA);

– Lei nº 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC);

O advento do CDC, cujas normas complementam-se às da LACP, compôs o que a doutrina chama de “sistema de processo coletivo”.

– Lei nº 8.492/1992, chamada “Lei de Improbidade Administrativa”.

3.8 Panorama atual das ações coletivas no Brasil

Apesar de ser apresentado como vanguardista e democrático, o sistema de ações coletivas no Brasil guarda ranços de autoritarismo, como a previsão de suspensão de medidas liminares pelas Presidências dos Tribunais, assim como não amplia o acesso à justiça de modo revolucionário, já que apenas confere legitimidade ativa para grupos organizados da sociedade, marginalizando a maior parte da população, que não conta com representação política, jurídica ou administrativa adequadas.

Pequenas histórias do modo como se assenta legislativamente as normas processuais a respeito das ações coletivas demonstram não somente estes ranços, mas também, a disputa titubeante que alguns políticos brasileiros empreendem no manejo dos projetos de lei que intentam aprimorar estes institutos.

As modificações legislativas intentadas pelo Poder Executivo federal, por meio de medidas provisórias, ao texto original da LACP – Lei de Ação Civil Pública, já foram consideradas pela doutrina verdadeiras “investidas inconstitucionais”⁶⁵ e, também, “reféns do autoritarismo”⁶⁶, mas, tanto a reação dos legisladores, quanto o contra-ataque dos juristas aconteceram no bojo de um momento histórico de confronto entre o velho sistema processual individualista e os permeios inovadores que lhe foram conferidos por uma onda renovadora no processo civil brasileiro.

A utilização de instrumentos processuais novíssimos, como é o caso da LACP, não tardaria a causar – como de fato causou – certa comoção em setores mais conservadores da sociedade, e nas próprias esferas de governo, que, prontamente, viram-se demandadas em numerosas ações coletivas.

Por outro lado, autores há, também, que denunciaram o uso abusivo do novo instrumento, como Rogério Lauria Tucci⁶⁷, Teori Albino Zavascki⁶⁸ e Cândido Rangel

⁶⁵ LAZZARINI, Marilena. As investidas contra as ações civis públicas. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). **Tutela coletiva** – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos – 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2006. p. 161. Segundo a autora: “Portanto, em razão das ações civis públicas constituírem tão poderoso instrumento de defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, não é de surpreender que venham sofrendo duras investidas. Lamentavelmente, o próprio Poder Executivo tem se prestado a atender reclamos dos interesses contrariados e, nos últimos anos, através de medidas provisórias formal e materialmente inconstitucionais, tem tentado reduzir os efeitos dessas ações.”

⁶⁶ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública no STJ. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 99, p. 23.

⁶⁷ Cf. TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo

Dinamarco, que chegou a escrever: “os instrumentos de tutela coletiva vão sendo objeto de muitos exageros e abusos, o que lhes compromete a legitimidade social e faz temer por indesejáveis retrocessos legislativos”⁶⁹. Retrocessos que realmente vieram, na forma da Medida Provisória – MP nº 1570-4, de 22.07.1997, que alterou o art. 16 da LACP, da MP nº 2180-35, de 27.08.2001, que alterou seu art. 1º, e, com possibilidade futura, de ser novamente alterada pela Proposta de Emenda Constitucional – PEC nº 358/2005, que intenta restringir o alcance territorial das sentenças proferidas em ACP.

O embate legislativo, apesar dos recuos conservadores, demonstra que o assunto está em voga, fermentando e produzindo massa crítica que não tardará a propor novos caminhos para o aprimoramento dos textos legais.

Durante o governo de Fernando Henrique Cardoso (anos 1995-2002), quando a maioria das medidas provisórias que intentava restringir o alcance das ações coletivas foi aprovada, os analistas políticos vislumbraram retrocessos como efeitos do neoliberalismo e, nesse ponto, cabe ressaltar que o fenômeno aqui aportou com atraso, pois tal já havia sido identificado na terra onde renasceram as *class actions*, os EUA, como será visto adiante.

O que de mais atual há no contexto das ações coletivas brasileiras são as discussões a respeito dos anteprojetos de um código de processo coletivo brasileiro, que rendeu, somente nos últimos dois anos⁷⁰, excelentes obras de articulistas jurídicos analisando os rumos que o país poderia, ou deveria, tomar no futuro, no tratamento desse tema, e que serão debatidas mais adiante.

Importa ressaltar que as ações coletivas aportaram no Brasil em um contexto de democracia ressurgente, e aspectos dessa técnica processual foram logo constitucionalizados, o que é um ganho para a cidadania que, em cotejo com passado recente, menos de duas décadas, de pouco se podia valer do processo para encaminhamento de direitos transindividuais. Se surtiram efeitos reformadores, ou não, parece ainda ser muito cedo para

Poder Judiciário. In: WALD, Arnoldo (Coord.). **Aspectos polêmicos da ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 355-392.

⁶⁸ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 78, p. 32,

⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. I. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 309.

⁷⁰ Dentre outros: ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 173 p.; GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 486 p.; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.; VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: perspectivas**

dizer, mas o sentimento geral é que progressos relevantes tem sido empreendidos e, se o aporte de uma renovação legislativa, via código ou mudanças relevantes na legislação, terá reflexos substanciais no horizonte jurídico, só o balizamento das ações que ora são empreendidas é que dirá.

Importa, para que os frutos sejam colhidos, que os estudiosos permaneçam firmes na troca de idéias com o mundo, colhendo exemplos e estratégias implantadas em outros sistemas jurídicos, para que o avanço não esmoreça. E que os operadores do direito utilizem os novos instrumentos processuais de maneira consciente e libertária, desenlaçando-se de vez do passado formalista e individualista que por muitos séculos regeu o processo civil lusitano e brasileiro.

A ação coletiva, mercê de proporcionar meios eficazes de defesa de direitos, contém intrinsecamente uma carga de participação política que extravasa os limites dos tribunais. Um poderoso instrumento de participação popular se esconde sob as letras da lei que regem seu procedimento, e, por isso merece ser estudado.

No dizer de Paulo Brandão, na evolução da estrutura constitucional do Estado, nota-se que, com o passar do tempo, sedimentou-se seu papel como promessa de realização de direitos sociais reconhecidos por opções políticas históricas, necessitando, para efetivação desse desiderato, de instrumentos que possam permitir e facilitar a comunicação da sociedade com os poderes constituídos. Ponto em que se inserem as ações coletivas como instrumento de defesa da cidadania, e, portanto, instrumento de ação política⁷¹.

3.9 Os anteprojetos de um código brasileiro de processos coletivos

Capitaneado pelos processualistas brasileiros Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi, comissão formada em 2002 pelo Instituto Ibero-americano de Direito Processual – IIADP, desenvolveu um “Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América”⁷², cujo texto final foi aprovado em outubro de 2004, em Caracas, Venezuela, nas XIX Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual.

As diretrizes traçadas por este código-tipo⁷³ tentam resgatar do histórico caráter secundário e acessório, as normas voltadas para o processo coletivo, visando incrementar o

de um código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. 502 p.

⁷¹ Cf. BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ação civil pública**. 2. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 40.

⁷² BATISTA, Roberto Carlos. **Coisa julgada nas ações civis públicas**: direitos humanos e garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 279-296, traz a versão final do texto do código-modelo.

⁷³ É o terceiro código-tipo produzido pelo Instituto Ibero-americano de Direito Processual, os anteriores foram o

acesso à justiça e a economia processual, já que, ainda hoje, apenas poucos países, dentre os quais, Portugal, Inglaterra, Austrália, Canadá e Estados Unidos, possuem regras gerais a esse respeito, desvinculadas de matérias específicas⁷⁴.

A exposição de motivos do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América dá os exatos contornos do que se procura incrementar nos processos coletivos dos países dessas regiões. Segundo seus relatores, o significado social e político da tutela dos interesses ou direitos coletivos surge do tratamento que a teoria constitucional contemporânea reserva aos direitos de terceira geração – os denominados “de solidariedade”, decorrentes dos interesses sociais – juridiscizados pelas cartas magnas atuais, tornando inócuas as diferenciações entre direitos e interesses, posto que ambos agora estão protegidos sob o mesmo manto.

Ressaltam a fonte de influência dessas inovações de maneira expressa, referindo-se ao desenvolvimento das *class actions* na tradição inglesa, da *equity* ao *bill of peace*, das *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938, já nos EUA, até as reformas feitas no processo civil federal norte-americano, em 1966, e ainda hoje, algumas modificações esparsas, no caminho de sedimentar fortemente o processo coletivo na práxis do direito daquele país. Trazem essas inovações para a *civil law*, destacando a posição inovadora do Brasil ao introduzir a tutela dos direitos metaindividuais no seu “sistema de processo coletivo”, composto pela LACP e pelo CDC, e como Uruguai e Argentina vêm desenvolvendo sua legislação sob as premissas do código modelo, e como Portugal, Espanha, Chile, Colômbia, Peru e outros países vem incrementando suas legislações e aderindo ao processo coletivo.

Apesar do ambiente promissor, é retratado um quadro atual heterogêneo e insuficiente para os enfrentamentos do cotidiano, e aí reside uma dos objetivos do código: servir de modelo concreto e repositório de princípios que permita inspirar reformar legislativas. A estrutura principal para isso baseia-se nas *class actions* norte-americanas e no modelo brasileiro de tutela coletiva, criando um sistema original, afeito às regras já existentes nos países a que se destina⁷⁵.

Aluisio Mendes identifica um dos motivos que levaram a doutrina a pugnar pela

Código de Processo Civil Modelo e o Código de Processo Penal Modelo.

⁷⁴ Cf. CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. O anteprojeto de código-modelo de processos coletivos para os países ibero-americanos e a legislação brasileira. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 117, p.110-111.

⁷⁵ Esse e os últimos dois parágrafos, cf. BERIZONCE, Roberto; GRINOVER, Ada Pellegrini; SOSA, Angel Landoni. Código-modelo de processos coletivos para Ibero-América. Exposição de motivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 421-423.

reforma do processo civil coletivo no Brasil. Segundo ele⁷⁶:

[...] as ações coletivas não estavam obtendo pleno sucesso no sentido de serem, de fato, as grandes catalisadoras desses anseios e de serem realmente o instrumento efetivo e útil para a solução dos problemas individuais decorrentes de origem comum. Não lograram, assim, ser um modo capaz de resolver o conflito de muitos mediante o processo coletivo. Por conseguinte, o Poder Judiciário continuou e continua a receber centenas, milhares e milhões de demandas individuais, que poderiam encontrar solução muito mais econômica mediante um processo coletivo, levando a um crescente esgotamento por parte dos órgãos judiciais, que se vêem envolvidos com um número enorme e comprometedor, em termos de qualidade e celeridade dos serviços prestados.

No Brasil, estudiosos da Universidade de São Paulo deram um passo adiante na tentativa de enraizar as idéias do código-tipo no ordenamento nacional, elaborando o esboço de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, posteriormente condensado em um anteprojeto⁷⁷, na esteira do modelo proposto pelo IIADP.

Dividido em seis capítulos, o texto é razoavelmente técnico, enxuto. Trata das ações coletivas em geral (capítulo I), da ação civil pública especificamente (capítulo II), inova a legislação brasileira, trazendo a ação coletiva passiva – dirigida contra um grupo, categoria ou classe (capítulo III), dispõe sobre o mandado de segurança coletivo – matéria que ainda é regulada por analogia com disposições relativas ao mandado de segurança (capítulo IV), cria o mandado de injunção coletivo (capítulo V), regula as ações populares – apartando-as entre ação popular constitucional e ação de improbidade administrativa (capítulo VI) e, no último capítulo assenta os princípios de interpretação, de forma “aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos interesses e direitos de que trata”.

No Rio de Janeiro, os programas de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Estácio de Sá estruturaram seu próprio anteprojeto, fortemente baseado nos dois modelos acima citados⁷⁸.

Registre-se que ambas as propostas foram duramente criticadas por Antonio

⁷⁶ CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. Construindo o código brasileiro de processos coletivos: o anteprojeto elaborado no âmbito dos programas de pós-graduação da UERJ e UNESA. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). **Tutela coletiva** – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos – 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2006. p. 283.

⁷⁷ GRINOVER, Ada. *et alli*. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 453-464, contém a versão mais atualizada disponível em livro impresso.

⁷⁸ CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. Construindo o código brasileiro de processos coletivos: o anteprojeto elaborado no âmbito dos programas de pós-graduação da UERJ e UNESA. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). **Tutela coletiva** – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos – 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2006. p. 279-301, descreve os pontos de diferença e o conteúdo geral da proposta carioca.

Gidi⁷⁹ e por Gregório Almeida⁸⁰, que enxergam várias insuficiências conceituais nos anteprojetos. Algumas das argumentações desses autores serão vistas mais adiante.

⁷⁹ GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 486 p.

⁸⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 173 p.

4 LITIGIOSIDADE TRIBUTÁRIA

SUMÁRIO: 4.1 Complexidades do arcabouço legal tributário; 4.2 Litigiosidade contida; 4.3 Bases da democracia tributária; 4.4 Resistência fiscal; 4.5 Estatuto do contribuinte; 4.6 As ações coletivas: acesso à justiça e esvaziamento da litigiosidade.

4.1 Complexidades do arcabouço legal tributário

O direito tributário é tido por “complicado” mesmo entre os estudantes e profissionais, que, assim como os leigos, percebem que as regras da matéria impõem demasiados deveres ao contribuinte, sem possibilitar-lhes a adequada noção daquilo que paga e por que paga.

É um problema de difícil solução, pois, a sofisticação e a complexidade tornaram-se a tônica das modernas codificações tributárias, dificultando até mesmo a interpretação dos especialistas no assunto. E é esta situação que põe em perigo, segundo a melhor doutrina, a pertença do direito fiscal ao Estado de Direito, e, assim, a sua pretensão de validade e aceitação. O direito tributário, para ser um direito justo, tem de ser compreendido¹.

Segundo Ana Dourado, as causas da complexidade do sistema estão diagnosticadas: a crescente sofisticação da economia, dando origem a uma multiplicidade de relações jurídicas, seguidamente conformadas pela lei fiscal e traduzindo-se numa situação jurídica mais complexa para o sujeito passivo; a multiplicidade de fins sociais prosseguidos pela lei fiscal de uma forma mais ou menos conjuntural (desde o incentivo à aquisição de casa própria, ao capitalismo popular, ou à subscrição de fundos de pensões para diminuir o peso da segurança social) – que se associam ao objetivo clássico da arrecadação de impostos; os comportamentos de elisão fiscal, através da manipulação de pressupostos normativos que originam intervenções do legislador com vistas a “tapar buracos legais”, e que conduzem a novas discussões jurídicas sobre os limites do planeamento fiscal; e ainda, a elevada carga fiscal que dá origem a inúmeras exceções aos regimes regra; estas, supostamente exigidas pela capacidade contributiva, tal como definida por alguns grupos de interesses, põem em causa a transparência e a coerência do sistema, não sendo possível identificar as desigualdades geradas, de tal forma que seria preferível unificar o *tatbestand* e reduzir, no

¹ DOURADO, Ana Paula. **O princípio da legalidade fiscal**: tipicidade, conceitos indeterminados e margem de livre apreciação. Coimbra: Almedina, 2007. p. 577.

conjunto, a carga fiscal².

Importa refletir, nesse ponto, que o grau de compreensão e de conhecimento, assim como a atitude que os cidadãos têm a respeito da efetividade do sistema tributário como um todo, influencia substancialmente na atitude de contribuir com o sustento dos gastos públicos³.

A transparência e a neutralidade dos procedimentos adotados em matéria tributária, assim como o tratamento digno aos contribuintes refletem diretamente no adimplemento voluntário das normas e no recolhimento dos tributos. Quando há a percepção de que os regramentos adotados são equânimes, a desconfiança na Administração Tributária é reduzida e instala-se um clima de cooperação entre os destinatários das normas e os responsáveis pelas exações⁴.

Calcado em extensa literatura, Mark Burton assevera que o cumprimento voluntário das normas tributárias está em declínio nas modernas democracias liberais, atrelado diretamente à percepção da falta de legitimidade dos sistemas tributários, na visão dos contribuintes.

Segundo o autor, a legitimidade dos sistemas tributários compreende a legitimidade substantiva e a legitimidade dos procedimentos adotados. Dentre as várias reformas institucionais que crê se façam necessárias para dar sustentáculos mais firmes a esses sistemas, cita a maior participação democrática na Administração Tributária⁵. O que não deve resumir-se a estratégias carregadas de retórica e de normas excessivamente programáticas.

Idéia que se prende à justificação dos procedimentos jurídicos de decisão, que devem atender a requisitos como a valoração dos fins das normas a serem aplicadas como algo previamente desejável, pois, sempre que possibilitarem conduzir conseqüências socialmente desejáveis e forem permeáveis a essas mesmas conseqüências, maior será sua legitimação.

Implica, ainda, dizer que a racionalidade procedimental da justiça só se legitima quando é capaz de institucionalizar mecanismos de permeabilização às reivindicações éticas

² *Ibid.*, p. 581.

³ Cf. ALARCÓN, Gloria; TIPKE, Klaus. La conciencia fiscal. In: ANTÓN, Fernando Serrano (Coord.). **La conciencia fiscal y el marketing tributario en las haciendas locales**. Navarra: Aranzadi, 2007. p. 65.

⁴ KIRCHLER, Erich; HOELZL, Erik. Modeling taxpayers' behaviours as a function of interaction between tax authorities and taxpayers. In: ELFFERS, H.; VERBOON, P.; HUISMAN, W. (Eds.). **Managing and maintaining compliance**. The Hague: Boom Legal Publishers, 2006. p.7.

⁵ BURTON, Mark. Citizens as partners? Foundations for an effective tax system in the new democratic era. In: STEWART, Miranda (Ed.). **Tax law and political institutions**. Annandale: The Federation Press, 2006. p. 169.

que incluam, dentre outros requisitos, a democratização do procedimento pelo acesso à justiça mediante a participação equitativa dos sujeitos de direito⁶, sob pena de aumentar ainda mais a tensão permanente das relações Estado-cidadão, inflando uma já reconhecida “litigiosidade contida” naturalmente observada nesses vínculos jurídicos que enlaçam as administrações tributárias e os contribuintes.

4.2 Litigiosidade contida

A tributação, ainda que seja a grande fonte de financiamento das atividades do Estado moderno, e, por isso, um dos pré-requisitos a possibilitar a sedimentação da cidadania, vive em constante tensão com as garantias constitucionalizadas nos direitos fundamentais.

Então, o dever de contribuir para o sustento das atividades estatais, o dever de pagar impostos, alçados nos arcabouços constitucionais, nem sempre convivem em harmonia com a fruição da cidadania propriamente dita, principalmente no tocante à relação do cidadão-contribuinte com o Estado-fiscal, sem dúvida, um dos maiores epicentros de conflitos, judicializados ou não, uma das maiores fontes, comumente, denominada “litigiosidade contida”.

Muitos fatores contribuem para o atrito entre contribuinte e fisco: a falta de praticidade do sistema tributário, cada vez mais complexo, refletindo uma sociedade, também cada vez mais complexa e segmentada⁷⁻⁸⁻⁹; a desconfiança na estrutura administrativa e nos

⁶ RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. **Direito e processo**: razão burocrática e acesso à justiça. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 189-190, para quem, no mecanismo de permeabilização das normas processuais à lógica democrática colocam-se os problemas referentes ao processamento propriamente dito das demandas. Salienta, nesse sentido: “Questões pertinentes à legitimação ativa, tutela processual dos interesses difusos, simplificação dos atos processuais, etc... fazem parte do universo de temas vinculados à democratização dos pleitos”.

⁷ DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito tributário, direito penal e tipo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 380, afirma: “O emperramento das máquinas administrativa e judicial do Estado são desafios de difícil solução, cada vez mais acentuados em função de fatores como a explosão demográfica brasileira, a conscientização político-jurídica da população, o progresso e as formas e técnicas sofisticadas de tributação, tornando prementes as exigências de praticidade”.

⁸ BARILARI, André. **Le consentement à l'impôt**. Paris: Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 2000. p. 99-100, dá dimensões mundiais ao problema da complexidade e da proliferação desmedida da legislação tributária: “*Plus de 4000 articles, parties législatives et réglementaires comprises, composent le Code général des impôts et le Livre des procédures fiscales. Connaître la règle applicable suppose, en outre, de se référer aux 25000 pages de circulaires et à une jurisprudence abondante. Cet ensemble dont la croissance est sensible est également très évolutif. En 1999, 11 lois on modifié des dispositifs nouveaux. En moyenne, près de 300 articles du Code sont mis à jour chaque année. Cette situation n'est pas propre à la France. Une législation trop complexe et évolutive suscite inmanquablement une certaine irritation des contribuables et limite l'adhésion. Le remède coule de source: simplifier et stabiliser. Son application n'est toutefois pas évidente, car le phénomène dénoncé a des causes profondes. Il faut remarquer d'abord que c'est une caractéristique générale des législations fiscales de tous les pays développés que de représenter un volume de textes considérable qui subit, chaque année, des mutations très diverses.*”.

⁹ COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e justiça tributária**: exequibilidade de lei tributária e direitos do

políticos de forma geral; o sentimento de que a carga tributária é desmedida e excessiva e de que os recursos são desperdiçados pela má gestão ou desviados pela corrupção; a falta de transparência etc.

A confiança na justiça do sistema tributário como um todo é um dos fatores que mais influenciam o respeito às normas, assim como, reflexamente, os conseqüentes desvios da conduta jurídica por estas pré-estabelecidas¹⁰.

A opacidade legislativa e a falta de estruturação normativa que possibilite ao cidadão maior participação nos atos do Poder Executivo, assim como meios efetivos de defesa contra pretensões tributárias que julgar incabíveis, levam muitos a optar por pagar, curvando-se, assim, ao cipoal normativo e aos abusos da Administração. Ocorre que, não raro, a conseqüência disso, numa etapa posterior, é a adoção de comportamentos limítrofes da evasão fiscal, ou a sonegação pura e simples, justificados pelos excessos praticados pelo fisco¹¹ e colocando a relação jurídica Estado-contribuinte em um patamar de “guerra” de desconfianças.

Uma outra das conseqüências inevitáveis disso é o descrédito da Administração Tributária e de todo aparato sistêmico que deveria servir à Justiça Tributária, incluindo o Poder Judiciário. O que também acarreta, direta ou indiretamente, evasão, inadimplência, e, concomitantemente, conflitos de várias ordens entre o Estado fiscal e o contribuinte, tanto no âmbito administrativo quanto no judicial.

O papel do Estado, nesse ambiente turbulento, é decisivo e reflete-se na conduta dos contribuintes perante a Administração Tributária. Segundo Klaus Tipke exemplifica, um legislador que, conscientemente, mantém leis tributárias inconstitucionais, age de modo tributariamente imoral e, não pode esperar que os administrados tenham comportamentos morais perante o fisco¹². A relação fisco-contribuinte é de respeitoso “espelhamento”, e as condutas de ambas as partes devem ser conduzidas no maior pé-de-igualdade jurídico possível, sob pena de exacerbação daquilo que se convencionou chamar “litigiosidade contida”, conceito explanado por Caio Loureiro¹³:

contribuinte. São Paulo: Malheiros, 2007. 420 p., traz um estudo mais aprofundado sobre a “praticidade” no âmbito tributário.

¹⁰ THE COMMONWEALTH ASSOCIATION OF TAX ADMINISTRATORS. **Tax evasion and avoidance: strategies and initiatives used by CATA member countries.** London: Commonwealth Secretariat, 2006. p.14.

¹¹ BARBOSA, Alice Mouzinho. **Cidadania fiscal.** Curitiba: Juruá, 2005. p. 14.

¹² TIPKE, Klaus. A necessidade de igualdade na execução das leis tributárias. Trad. de Luís Eduardo Schoueri. In: SCHOUERI, Luís Eduardo. (Coord.). **Direito tributário.** v. I. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 373.

¹³ LOUREIRO, Caio Márcio. **Ação civil pública e o acesso à justiça.** São Paulo: Método, 2004. p. 60.

Notadamente, em um contexto social onde as pessoas tenham que viver e conviver com a realidade da litigiosidade contida, não pode a jurisdição alcançar seu fim de promover a paz coletiva, posto que esta decorre da solução de contendas, com justiça, e estas, como visto, em certas circunstâncias acabam por sequer chegar ao conhecimento do Judiciário. Não há dúvida, portanto, que a litigiosidade contida decorre do inaccessível à justiça.

Não se restringe, contudo, a litigiosidade contida, tendo como válvula de escape somente o acesso ao Poder Judiciário, mas sim com o acesso institucionalizado a vários modos de solução de conflitos que podem ser disponibilizados pelos sistemas jurídicos realmente empenhados em assentar a democracia e a canalizar os anseios do cidadão de maneira racional, efetiva e rápida¹⁴. Tudo isso para evitar a que manutenção das receitas do Estado seja conseguida com o sacrifício dos direitos do cidadão, dentre eles, o do acesso à justiça. Há que se procurar harmonia e a razoabilidade nesse intento.

David Brunori, discorrendo sobre os limites da justiça tributária nos EUA, afirma que um dos mais importantes instrumentos de influência da sociedade organizada nos rumos da política tributária dos estados daquele país foi canalizada justamente pelos meios de democracia direta¹⁵. Em realidades assim, indubitavelmente, a pressão exercida pela litigiosidade contida das relações jurídico-tributárias é menor, posto que amortecida por mais “válvulas de escape” que somente aquelas disponibilizadas pelo processo administrativo ou judicial. Também porque previnem litígios, vez que disponibilizam aos jurisdicionados aprovar, ou não, parte da carga tributária que irá onerá-los em futuro próximo. É a sistemática mais próxima da “permissão para tributar” imbuída dos princípios revolucionários norte-americanos do *no taxation without representation*.

Neste ponto, convém ressaltar que sistemas jurídicos mais próximos da realidade brasileira impõem sérias restrições à participação democrática semidireta ou direta em

¹⁴ Em alguns países, a participação popular nos conselhos locais é bastante vigorosa e o problema das autonomias regionais e municipais é tratado com bastante preocupação nos ordenamentos, havendo, por exemplo, diretivas da Comunidade Européia nesse sentido, o que faz com que, no âmbito administrativo (e conseqüentemente, no âmbito tributário), as respostas da população às ingerências desmesuradas do Estado sejam mais rápidas e efetivas do que as ocorridas no Brasil, por exemplo, onde, somente de poucos anos para cá começou a se desenhar um arcabouço de participação mais democrática nos governos locais (v.g., o caso dos “orçamentos participativos” e de algumas audiências públicas obrigatórias previstas no Estatuto da Cidade são decorrentes dessa tendência). Essa morosidade de respostas a anseios populares parece também influenciar o grau de litigiosidade contida, uma vez que deixa em suspense a segurança jurídica e retira a certeza do direito.

¹⁵ BRUNORI, Davi. The limits of justice. The struggle for tax justice in the states. In: THORNDIKE, Joseph J.; VENTRY JR., Dennis J. (Eds.). **Tax justice: the ongoing debate**. Washington: The Urban Institute Press, 2002. p. 203: “Perhaps the most important development in the politics of state taxation during the past 25 years has been direct democracy, the process by which the voting public determines policy issues in statewide elections. Issues are brought before the voting public through initiatives or referenda. In the initiative process, citizens vote on statutory or constitutional amendments, while the referendum process allows voters to reject laws or constitutional amendments proposed by the legislature. Twenty-seven states have some form of direct democracy. In the 1990s, more than 150 statewide tax issues were determined through the initiative and referendum process”.

assuntos de natureza tributária. Em Portugal, por exemplo, relata José Nabais a “proibição do referendo fiscal” devido sobretudo à partidocracia instalada e consolidada às expensas do monopólio da representação política atribuído aos partidos políticos. Segundo o autor, o tema tornou-se um verdadeiro tabu na Europa¹⁶. No Brasil, a Lei nº 9.709, de 18.11.1998, não faz restrições às matérias que podem ser apreciadas em plebiscito ou referendo.

4.3 Bases da democracia tributária

A compreensão dos caminhos que levam à densificação da justiça tributária em determinada sociedade é tarefa que extravasa os meandros da ciência jurídica e envolve, prioritariamente, campos de conhecimento explorados pela psicologia e sociologia fiscais, cujo objeto comum de estudo engloba o que se pode denominar de cultura fiscal.

A sociologia fiscal tem como objeto explicar os processos sociais subjacentes à realidade fiscal em determinado contexto histórico ou político (a fiscalidade, na perspectiva sociológica, não é uma questão meramente técnica, mas uma questão que se insere no tema da cidadania); a psicologia fiscal, por sua vez, está diretamente relacionada com o conjunto de idéias, sentimentos e percepções dos cidadãos na qualidade de contribuintes, e tem como principal objetivo explicar os fatores que determinam a conduta fiscal destes perante o Estado¹⁷.

Vê-se que, por questionar o déficit de democracia em determinadas estruturas de governo, o campo de estudo alcança a história dos tributos e seu entrelaçamento com o tema. Nas sociedades ocidentais, a construção histórica da democracia é ligada ao problema do consentimento ao exercício do poder de tributar. Na Inglaterra, berço do parlamentarismo, o consentimento à tributação foi reconhecido na Carta Magna¹⁸, em 1215:

Não se estabelecerá em nosso Reino auxílio nem contribuição alguma, contra os posseiros de terras enfeudadas, sem o consentimento do nosso comum Conselho do Reino, a não ser que se destinem ao resgate de nossa pessoa, ou para armar cavaleiros a nosso filho primogênito, consignação para casar uma só vez a nossa filha primogênita; e, mesmo nestes casos, o imposto ou auxílio terá de ser moderado. A mesma disposição se observará a respeito dos auxílios fornecidos pela cidade de Londres.

¹⁶ Cf. NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 422 e ss.

¹⁷ SOARES, Domitília Diogo. **Percepção social da fiscalidade em Portugal**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 24-25.

¹⁸ Disponível em http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/the_magna_carta_port.pdf. Acesso em 1º de jan. 2008. Texto original, escrito em latim bárbaro, disponível em <http://www.magnacartaplus.org/magnacarta/latin.htm>. Acesso em 1º de jan. 2008: “*Nullum scutagium vel auxilium ponatur in regno nostro, nisi per commune consilium regni nostri, nisi ad corpus nostrum redimendum, et primogenitum filium nostrum militem faciendum, et ad filiam nostram primogenitam semel maritandam, et ad hec non fiat nisi rationabile auxilium; simili modo fiat de auxiliis de civitate Londoniarum*”.

Na França, esse princípio foi afirmado já em 1314 pelos Estados Gerais, apenas formalmente, é bom ressaltar, pois aguardou, no papel, meio milênio, até que a Declaração dos Direitos do Homem o reafirmasse, em 1789, durante a Revolução. Posteriormente, quase todas as constituições democráticas o previram em seus textos¹⁹.

No escopo da psicologia fiscal, por seu turno, importa analisar o comportamento dos contribuintes frente ao Poder Tributário do Estado, e a aceitação, ou resistência às normas impositivas, denominada esta, comumente, de “resistência fiscal”.

4.4 Resistência fiscal

Pode-se vislumbrar certo exagero na assertiva de que a falta de mecanismos processuais adequados à defesa dos prejuízos tributários causados ao cidadão comum pelo Estado possa tornar-se um motivo para uma revolta ou uma rebelião tributária. Mas, no âmbito material tributário, a exasperação de cobranças por parte do Estado já provocou diversas reações civis mais ou menos organizadas.

Quando se fala de “rebelião tributária”, vêm a mente, de forma quase automática, fatos ocorridos em tempos remotos, como se isso não fosse mais uma realidade presente, contemporânea. Trata-se de uma falsa impressão, pois as revoltas tributárias são fenômenos que sempre ocorreram na história do Estado.

Aliás, em toda a história da humanidade. Segundo David Burg, autor de um extenso apanhado histórico sobre insurgências, rebeliões e revoltas tributárias, o primeiro embate registrado na história entre pagadores e coletores de impostos data de 2350 antes da era cristã, na “Reforma de Urukagina”, ocorrida na cidade-estado sumeriana de Lagash²⁰. Burg discorre sobre quase quatro centenas de conflitos do tipo que ocorreram no mundo antigo (como a Revolta da Liga de Delos, 431 a.C., na Grécia; a Oposição às taxas do Triunvirato, 44 a.C., no Império Romano; a Revolta da Judéia contra o Império Romano, nos anos 66-70; a Rebelião de Antióquia contra o Império Romano do Oriente, no ano de 387; a Evasão do Imposto do Chá, em 821, na China); na baixa idade média (como a Resistência aos impostos, na República de Florença, em 1289; a Revolta da Aquitânia, na França, 1369; a Rebelião de Yorkshire, em 1489, Inglaterra); no renascimento (como a Grande Revolta de

¹⁹ LEROY, Marc. **La sociologie de l'impôt**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002. p. 121-122, destaca que: “*Contre les pratiques, faussement habiles, d’occultation de la justice fiscale (secret administratif, impôt indolore...), le renouvellement de la démocratie fiscale comme principe politique et réalisme sociologique suppose d’accepter que la légitimité de l’impôt, et donc des institutions publiques, soit parfois remise en cause*”.

²⁰ BURG, David F. **A world history of tax rebellions**: an encyclopedia of tax rebels, revolts, and riots from

Castela, em 1520, na Espanha; a Oposição ao Censo, 1572, no Chipre; a Revolta de Tunja, nos anos de 1592-1641, na Colômbia; a Rebelião de Bolotnikov, em 1606, na Rússia); os de séculos recentes (como as dezenas de revoltas japonesas: Fukuyama, 1717; Sanchu Ikki, 1726-1727; Iwaki Daira, 1739; Ueda Horeki, 1761-1763 etc.; o *Boston Tea Party*, em 1773-1774, na colônia britânica de Massachussetts, que influenciaria bastante a Guerra de Independência dos EUA), entre as quais encaixa quatro fatos ocorridos no Brasil: a Inconfidência Mineira (1788-1789); o Levante de Cachoeira (Bahia, 1822), a Rebelião do Censo (Paraíba, 1851) e a Revolta do Vintém (Rio de Janeiro, 1880).

Ressalta que o fenômeno do enfrentamento persiste mesmo nos dias de hoje, em outros moldes, citando a *Proposition 13* (Califórnia, EUA, 1978); o *Taxpayer Protection Act* (Canadá, 1995), o movimento separatista canadense (2001) e a greve dos donos de restaurante (Paris, 2002).

A moderna “desobediência civil” em matéria tributária, de certo modo, ainda se aproxima dos ensinamentos de Henry David Thoreau, cuja histórica frase “Se mil cidadãos decidem não pagar impostos nesse ano...”²¹ ainda repercute como exemplificação de uma das maiores armas do povo contra o Estado.

O estudo das revoltas tributárias, como fenômeno histórico, demonstra que não se trata somente de levantes em que os cidadãos “pegam em armas” para enfrentar seus governos, por conta de tributos escorchantes. Mais do que isso, demonstra o extravasamento de anseios políticos não correspondidos ou cujos impactos não são amortecidos pelos governos por meios hábeis, dentre os quais os procedimentos de representação legislativa adequada ou de acesso à justiça, que forneçam ao cidadão, canal qualificado de comunicação com o Estado.

No Brasil, um dos episódios mais recentes que podem espelhar fatos dessa natureza ocorreu no município do Rio de Janeiro, no começo de 2008²²:

E se essa moda pega?

Cariocas ameaçam boicotar o IPTU para cobrar melhores serviços da administração Cesar Maia.

Quando assumiu pela primeira vez a administração do Rio de Janeiro, em 1993, o prefeito Cesar Maia ganhou simpatia instantânea da população ao reduzir o IPTU, cumprindo uma promessa de campanha. Agora, o mesmo imposto voltou-se contra o alcaide. O imposto

antiquity to the present. New York: Routledge, 2004. p. 9-10.

²¹ THOREAU, Henry David. “*Si mille citoyens décidaient de ne pas payer l’impôt cette année...*”. Extrait de *La Désobéissance civile*. Traduit par Sophie Rochefort-Guillouet et Alain Suberchicot. In: LAURENT, Alain (Coord.). **Théories contre l’impôt**. Paris: Les Belles Lettres, 2000. p. 43-53.

²² ROGAR, Sílvia. E se a moda pega? **Revista Veja**. São Paulo, 23 jan. 2008. Disponível em http://veja.abril.com.br/230108/p_076.shtml. Acesso em 1º fev. 2008.

virou arma para o carioca que não quer pagar a conta do caos urbano que vem desvalorizando até mesmo endereços nobres da cidade. Moradores têm se organizado, através das associações de diversos bairros, para boicotar o tributo. Ainda não se pode ter a dimensão do movimento, uma vez que a cobrança começa em fevereiro. Mas não é preciso escarafunchar o Rio para compreender o motivo da insatisfação: construções irregulares se multiplicam, a iluminação pública é falha e há hordas de pedintes nas calçadas, tomadas também por camelôs e mesas de bares.

Existe uma grande heterogeneidade de fenômenos que podem ser compreendidos como “resistência fiscal”, o que contribui de maneira decisiva com a imprecisão terminológica deste termo, que pode incluir tanto a evasão como a fraude tributária, que dificilmente tornam-se movimentos sociais, e são, basicamente, atos individuais.

A resistência fiscal é um fenômeno complexo e multifacetado, pode adotar diferentes modalidades, caracterizadas da seguinte forma²³:

a) individual ou coletiva: dentre a primeira forma encontram-se as objeções de consciência ou de evasão fiscal individualizada; na segunda, os casos mais comuns são a revolta contra impostos ou a fraude fiscal organizada;

b) concertada ou espontânea: diferenciadas pela existência de um acordo prévio entre as pessoas para mostrar repulsa às imposições estatais;

c) violenta ou pacífica: a primeira, de larga ocorrência na história, vem perdendo terreno para o embate sem armas, conhecido por resistência passiva, em suas formas características de insubmissão, não cooperação e desobediência civil.

d) legal ou ilegal: a resistência legal pode se dar através do voto, da contestação administrativa ou judicial, da mudança de jurisdição (procura de ambientes tributários mais favoráveis, seja em outro estado da federação, seja em outro país), da elisão fiscal; a ilegal dá-se pela fraude, pelo contrabando e pelas evasões não permitidas.

e) visível ou oculta: diferenciam-se pela atitude de mostrar o rechaçamento pública ou privadamente, ou, de outra forma, pela simples objeção de consciência em um sentido ético individualizado.

f) política ou ética: será de uma ou outra classe, de acordo com a resposta, ainda que genérica, a uma disposição de resistência entendida como direito cidadão ou de escusa de consciência ante gastos de natureza militar, religioso, meio-ambiental etc.

g) fiscal ou social: se derivados de caráter estritamente financeiro (aumento da carga tributária, estabelecimento de um novo imposto etc.) ou descontentamento por causas de outras naturezas: política, administrativa, urbanística etc.

²³ CAINZOS, Juan Jesús Fernández. **Sociología de la hacienda pública**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales,

São ocorrências que, por interferirem diretamente no funcionamento estatal, pois, quase sempre deságuam no inadimplemento de leis tributárias, são bastante combatidos pela estrutura legal que, de um lado, propicia às Fazendas Públicas, por meio do direito administrativo tributário, procedimentos específicos de combate e prevenção à evasão fiscal (em um sentido amplo), e, de outro, por meio do direito penal tributário, sanções pelo descumprimento das regras impostas.

A tônica da resistência fiscal contemporânea é a pulverização da reação contra o Estado. Sua expressão em países como o Brasil é refletida nos altos índices de inadimplência e evasão tributária, causados, dentre vários e complexos fatores, pela descrença nos governos arrecadadores.

De maneira geral, e com o passar do tempo, grande parte da resistência à opressão fiscal²⁴ foi canalizada sistemicamente pelo direito e transmudou-se em defesa jurídica, garantida via processo ou outras formas de asseguramento da posição do cidadão em face das pretensões tributárias do Estado. Uma forma de amortecer o impacto causado pela obrigatoriedade de disponibilizar patrimônio próprio em prol da vida em sociedade, afinal, por mais que seja garantido o retorno dos recursos carreados, em forma de serviços públicos usufruíveis, quase ninguém gosta de pagar impostos.

Segundo relata Norberto Bobbio no ensaio “Presente e futuro dos direitos do homem”²⁵:

Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência. Mais tarde, nas Constituições que reconheceram a proteção jurídica de alguns desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado.

Fazer-se ouvir pelo processo é uma forma de participação democrática, pois. Mas, mesmo as democracias mais avançadas não podem evitar totalmente os déficits de representação. O campo de batalha moderno, entretanto, não é mais o das armas, e sim o palco político e, também, o jurídico-administrativo. Vê-se que os três poderes estatais encontram-se intrinsecamente envolvidos na temática do amparo e solução do conflito

2006, p. 220-221.

²⁴ LOBO, Maria Teresa de Carcomo. O direito de não pagar tributo injusto – uma nova forma de resistência fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **O tributo**: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 183, entende que, no dias de hoje, quando a representação política deixa de responder às reais finalidades do tributo, a democracia direta deve ser usada para rechaçar as exações desmedidas. Segunda ela, “a liberdade fiscal no Estado de Direito deve expressar a vontade dos cidadãos como autocontribuintes através dos seu representantes, de acordo com a parêmia ‘no taxation without representation’.”

²⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Apres. de Celso Lafer.

tributário. O Legislativo, imbuído da feitura de normas que possibilitem o pleno exercício da cidadania fiscal; o Executivo, na aplicação da lei e na abertura de canais amplos para a composição dos litígios oriundos dessa aplicação; o Judiciário, no amparo final às prerrogativas estatais e aos direitos fundamentais dos contribuintes.

Nesse contexto, a tutela administrativa e judicial, para alcançar efetividade, é sempre bom lembrar, carece de procedimentos aptos a densificar os direitos envolvidos no litígio, ou seja: efetivar direitos materiais.

4.5 Estatuto do contribuinte

Para entender as relações jurídicas Estado-cidadão é necessário, antes, observar a mudança de paradigmas no processo histórico, que transformaram o liame tributário, de uma relação de poder para uma relação de cidadania, de uma relação de império, para uma relação de partes processuais em igualdade de status jurídico. No Estado democrático de direito, os direitos fundamentais trouxeram nova luz sobre os princípios e regras que informam a ordem jurídica, limitando e controlando o poder estatal e visando a realização de uma ordem social justa²⁶.

Hoje, pode-se realmente falar de “direitos de contribuinte” como porto seguro contra os excessos do poder de tributar. Não que a declaração desses direitos tenha sido suficiente para assegurá-los ou para diminuir os conflitos entre fisco e contribuinte: o processo tributário moderno é marcado pelo aumento da litigiosidade e está atrelado à ampliação das classes sociais que detêm algum nível de propriedade. Para Montero Aroca, isso seria um fenômeno mundialmente verificado:

El aumento de la litigiosidad tiene su origen, en parte, en la ampliación de la base social de las clases medias, de los poseedores o de los que han accedido a la posibilidad de tener conflictos económicos y, también en parte, dicho aumento responde al fenómeno social de consumo de masas que ha afectado incluso a las capas de la población menos favorecida económicamente²⁷.

Essa maior detenção de riquezas, ou simplesmente um maior aumento de consumo, acarretou, principalmente em países com crônicas crises fiscais, como é o caso em toda a América Latina, a expansão do nível da tributação, ainda que mal distribuída, regressiva, puxada pelas crescentes necessidades estatais e sociais emergentes: saúde,

Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 51.

²⁶ Cf. RIBAS, Lúcia Maria L. R. **Processo administrativo tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 22.

²⁷ AROCA, Juan Montero. **El derecho procesal en el siglo XX**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 81.

educação, gastos governamentais e pagamentos dos serviços das dívidas externa e interna.

Este crescimento do Estado fiscal trouxe uma atividade legiferante nunca antes vista dos entes tributantes, em matéria de tributação propriamente dita, e, também, de feitura de normas e subnormas de organização do aparato tributário e de ordenação das relações fisco-contribuinte.

O excessivo número de leis, que no Brasil passou de sete mil, nas diversas esferas de governo – ressalte-se: somente na área tributária, pois, ao todo, as leis ultrapassaram cem mil – compromete as tentativas de estruturação racional do sistema e, sobretudo, penaliza o contribuinte com uma chuva de informações e inovações incessantes, que, na maioria dos casos, são pouco divulgadas e quase não são objeto de explicações claras por parte das Administrações Tributárias²⁸.

Esse quadro nebuloso, que muitos anos atrás, noutra perspectiva, já foi chamado de “carnaval tributário”, voltou a suscitar, na esteira de inovações legislativas estrangeiras, a discussão sobre algumas garantias infraconstitucionais que reforçassem a segurança jurídica dos pagadores de impostos frente ao cada vez mais complexo Estado fiscal. Dentre estas garantias, vêm-se destacando os estatutos dos contribuintes.

Em termos amplos, Estatuto do Contribuinte significa todo o conjunto de normas que regula as relações jurídicas tributárias Estado-cidadão.

O português Vítor Faveiro, em sua tese denominada “Estatuto do contribuinte: a pessoa do contribuinte no Estado Social de Direito”, enuncia os direitos do cidadão, decorrentes da ordem sócio-jurídica tributária: a) o direito à equação, na criação e aplicação da lei fiscal, entre o fim ou objeto jurídico do imposto e a capacidade contributiva; b) o direito estatutário de igualdade tributária e os pressupostos sociais de equidade, de justiça e de proporcionalidade; c) o direito à eficácia da ordem jurídica tributária; d) o direito social à distribuição dos impostos segundo as necessidades, os fins e a capacidade da família; e) direito à legalidade material da ordem tributária; f) o direito à legalidade formal e orgânica das leis tributárias; g) o direito à informação sobre o conteúdo da lei, e a fixação da situação jurídica tributária; h) o direito à não retroatividade das leis tributárias; i) o direito ao valor das provas legais e à imputação do *onus probandi*; j) a eficácia dos atos tributários e o valor dos

²⁸ LAPATZA, Jose Juan Ferreiro. El estatuto del contribuyente y las facultades normativas de la administración. In: CARVALHO, Paulo de Barros. **Justiça tributária**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 313. Afirma no mesmo sentido: “Una situación que viene marcada por la complejidad, por la confusión, por la oscuridad de las normas que rigen los tributos; y al socaire de ellas, por una libertad, una discrecionalidad en la acción administrativa incompatible con la organización jurídica de una democracia.”

direitos adquiridos decorrentes de atos administrativos ou judiciais²⁹.

Para o autor, esses direitos assentam-se principalmente em dois primados: o acesso ao direito e o acesso ao valor de justiça e aos órgãos incumbidos de sua realização³⁰.

A valoração da justiça e da igualdade perante o fisco, “justiça tributária”, parece ser a tônica dos recentes estatutos do contribuinte, na esteira da procura que a sociedade faz pelo equilíbrio entre o fisco e contribuinte, entre o Estado e o cidadão.

Segundo Ricardo Lobo Torres, o advento das idéias liberais enfraqueceu a reflexão sobre a justiça, e o positivismo, já no século XIX, analisando o tributo sob uma perspectiva utilitarista, aprofundou essa fraca percepção, o que foi sedimentado com Hans Kelsen, para quem “como toda virtude, a virtude da justiça é uma qualidade moral e, conseqüentemente, permanece no campo da moral”. Só com a reaproximação entre direito e ética, com a procura da fundamentação moral da justiça, já na segunda metade do século XX, é que o assunto “justiça tributária” retomaria importância para os teóricos do direito, principalmente com as obras de John Rawls, Klaus Tipke e James Buchanan, para os quais, em maior ou menor grau, a justiça tributária seria uma das possibilidades mais concretas da justiça política³¹.

E é nesse contexto de resgate que os aparatos processuais e paraprocessuais banham-se de garantias que, nas palavras de Roberto Mordeglia³²:

Tiene ya un valor axiomático la definición de un célebre filósofo del Derecho: “los derechos non valen, valen sus garantías”. Lo demuestra la circunstancia que desde el nacimiento del Estado de Derecho y del Constitucionalismo, llamado liberal, al tiempo que se declaran los derechos se establece la tutela o garantía para su defensa, de manera que cuando aquellos son afectados o es impedido su ejercicio, en el mismo momento nace la garantía, es decir, la posibilidad de obtener su restitución”.

O escopo dos estatutos de contribuinte no Brasil, assim como em outros países, é elevar a relação fisco-contribuinte a um patamar mais otimizado de equilíbrio, uma vez que a posição do indivíduo perante o Estado Fiscal, seja no âmbito do procedimento administrativo, seja no âmbito do processo judicial, é muito isolada e carente de prerrogativas ou direitos institucionalizados suficientes para apoiá-lo em posições jurídicas mais confortáveis para enfrentar a máquina estatal ou conduzir seus pleitos perante esta.

²⁹ Cf. FAVEIRO, Vítor. **O estatuto do contribuinte**: a pessoa do contribuinte no Estado Social de Direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. 1035 p.

³⁰ *Ibid.*, p. 945-997.

³¹ TORRES, Ricardo Lobo. Liberdade, segurança e justiça no direito tributário. In: CARVALHO, Paulo de Barros. **Justiça tributária**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 689 e ss.

³² MORDEGLIA, Roberto M. Principios tributarios y garantías de los contribuyentes: la experiencias argentina (doctrina y jurisprudencia). In: CARVALHO, Paulo de Barros. **Justiça tributária**. São Paulo: Max Limonad,

Nesse sentido, a literatura especializada costuma comparar os estatutos de contribuinte, de forma genérica, ao Código de Defesa do Consumidor, falando, também, em “Código de Defesa do Contribuinte”, denominação usada até para referenciar o projeto da lei brasileira em andamento no Congresso Nacional, adiante analisada.

Em suma, o Código de Defesa do Contribuinte, ou Estatuto do Contribuinte, são denominações cada vez mais adotadas para designar esse conjunto de instrumentos, de mecanismos legais que possam coibir não só a ilegalidade nos agentes do fisco, da atuação da Administração Tributária, como também, evidentemente, arbitrariedades, excessos, abusos, violências e ilicitudes³³, assim como disponibilizar meios processuais de defesa tributária perante o Estado Fiscal.

Pode-se então dizer que os estatutos dos contribuintes transformaram-se em fenômenos recentes no panorama internacional e as legislações que tratam do assunto vem-se alastrando por diversos países. O Brasil, por exemplo, já conta com um projeto de Código de Defesa do Contribuinte: o Projeto de Lei nº 646/1999, que resguardar a posição jurídica do cidadão perante o fisco com várias garantias processuais. Nada de muito novo, já que a estrutura processual administrativa que concebe nada tem de revolucionária: o que dela não integra de modo explícito o ordenamento jurídico vigente pode ser deduzido, sem nenhuma dificuldade, da base constitucional que compões seu fundamento de validade³⁴.

Entretanto, fica patente a opção legislativa pelo reforço do status constitucional dos direitos do contribuinte frente às Fazendas Públicas brasileiras, escrevendo em texto legal aquilo que os juristas extraem reflexa e indiretamente do ordenamento nacional, cujo conteúdo, nessa seara, é por demais principiológico, dando larga margem de apreciação e de ação aos fiscos das três esferas federadas, gerando, em consequência direta, um altíssimo nível de litigiosidade no âmbito de um panorama normativo complexo e pujante, já que existem milhares de leis de conteúdo tributário no Brasil.

Introduz no ordenamento brasileiro a tutela coletiva judicial e administrativa dos contribuintes, preenchendo o que muitos autores identificam como lacuna do nosso direito e que, atualmente, traduz-se em muitas negativas da jurisprudência em reconhecer como legitimado para ações civis públicas, o Ministério Público, em causas tributárias. O que, de fato, trata-se de grande inovação. Entretanto, vislumbrar seu funcionamento, alcance e

1998. p. 707.

³³ NOGUEIRA, Alberto. **Teoria dos princípios constitucionais tributários**: a nova matriz da cidadania democrática na pós-modernidade tributária. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 220.

³⁴ BOTTALLO, Eduardo Domingos. **Curso de processo administrativo tributário**. São Paulo: Malheiros,

praticidade, seria exercício de futurologia, uma vez que nada parecido foi tentado no Brasil até o momento.

Nesse tema, cabe recordar a lição de Ferreiro Lapatza, alertando que, quando o texto constitucional não consegue ser efetivado pela sociedade, não são os estatutos que o conseguirão³⁵:

Para ello, es de nuevo el Derecho, somos nosotros los juristas quienes debemos estar en primera línea reclamando día a día, hora a hora, la aplicación de la Constitución a todos los ámbitos y a todos los ciudadanos y poniendo nuestros conocimientos al servicio de esta reclamación.

Desde esta perspectiva, entiendo, se equivocan, a mi juicio, quienes para defender a los contribuyentes de los posibles excesos del poder piden un Estatuto que proclame unos derechos y garantías mínimos que oponer a tales excesos.

Pues, hecha así, la petición no puede dar al estatuto que se pide otro sentido que el de carta de libertades otorgada por el soberano a sus súbditos, a personas que no detentan el poder como ciudadanos, sino que están unidos a él por una relación especial de dominación o vasallaje. Hecha así, la petición de un Estatuto no puede sino robustecer al poder que lo concede.

Se as estruturas normativas do estatuto brasileiro vencerem o grave problema da efetividade das normas, é de se esperar que haja reflexos no processo tributário, tanto no judicial quanto no administrativo, desarmando, principalmente, o espírito de litigiosidade que vem, cada dia mais, moldando as atitudes dos contribuintes perante as diversas esferas fiscais, com interações mais transparentes e, principalmente, mais respeitadas por parte do estado.

O florescimento da processualidade no âmbito da Administração Pública é um fenômeno umbilicalmente ligado ao Estado Democrático de Direito, cujo ápice, no ordenamento brasileiro, ocorreu com a constitucionalização, em 1988, das garantias do contraditório, da ampla defesa e dos recursos tanto no processo judicial, quanto no processo administrativo, e agora, infraconstitucionalmente, observa-se a expansão dos estatutos de contribuintes, que não tardará a influenciar a moldura do processualismo pátrio, trazendo novidades que, em última instância, conduzirão à modificação de uma realidade calcada, nos dizeres de Romeu Felipe Bacellar Filho³⁶:

A disciplina constitucional administrativa traz, então, novos arsenais jurídicos para alteração do quadro tradicional de uma Administração Pública marcada pela pouca atenção dispensada aos direitos e garantias integrantes do patrimônio do cidadão-administrado. Afeiçoado à visão da legalidade a qualquer custo, com desconsideração de outros valores (como, por

2006. p. 176-180.

³⁵ LAPATZA, Jose Juan Ferreiro. El estatuto del contribuyente y las facultades normativas de la administración. In: CARVALHO, Paulo de Barros. **Justiça tributária**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 319.

³⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Princípio de direito administrativo e tributação: fronteiras e implicações. In: CARVALHO, Paulo de Barros. **Justiça tributária**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 764-765.

exemplo, o contido no princípio da confiança), o Administrador atuou, por muito tempo, coberto pelo manto da incontestabilidade do interesse público.

4.6 As ações coletivas: acesso à justiça e esvaziamento da litigiosidade

O maior grau de cidadania que se pode imprimir a certo ordenamento constitucional tributário, contudo, exige mais. A participação ativa do contribuinte há de ser entendida como meio eficaz de combater o sentimento de ilegitimidade de todo o sistema, esvaziando as pressões sociais que recaem sobre qualquer estrutura de exação patrimonial forçada instituída pelo Estado.

Dois modos de solução deste problema parecem propiciar mais legitimidade às cobranças governamentais. Primeiro, a participação política em si mesma³⁷; segundo, o processo. E a dimensão coletiva há de estar presente em ambos os casos, sob pena de esvaziamento do poder dessas estratégias. Afinal, quanto vale mesmo um único voto, ou um único indivíduo num processo, nas modernas sociedades de massa, em que as quantias, os números, estão sempre na casa dos milhões?

O impasse tributário “cidadão *versus* Estado” possui dimensões sociológicas e psicológicas com as quais o ordenamento deve-se preocupar, pois, a litigiosidade contida, ou latente, é uma eficiente corrosão social a agir sobre as relações jurídicas que enlaçam fazenda pública e contribuinte. Os meios de combater ou diluir essa litigiosidade devem ser prestigiados pelo próprio sistema tributário, em sua dimensão processual.

Hoje, a questão do acesso à justiça é o tema que mais vincula as relações entre processo civil e justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade sócio-econômica. Os novos direitos sociais e econômicos vão além das solenes letras constitucionalizadas: se destituídos de mecanismos que possam fazer valer seus conteúdos, não deixam de ser meras declarações políticas³⁸.

Assim, o acesso efetivo à justiça antecede todos os demais direitos, e, se

³⁷ KIRCHLER, Erich. **The economic psychology of tax behaviour**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 85, lembra que “*Direct democracy has significant positive effects on tax morale in Switzerland, a country where participation right vary substancially across different cantons. The more taxpayers are able to participate in political decision-making by popular rights, the more the government respect taxpayer’s preferences in spending tax revenue, and the more the ‘tax contract’ is based on trust, the higher the level tax morale (Frey, 2003; Torgler, 2005a). In addition, tax morale is affected by direct participation concerns political decisions closely related to financial issues. Trust in the government and in governmental institutions has a systematic positive influence on tax morale (Fjeldstad, 2004; Pommerehne and Frey, 1992; Torgler, 2003d; Tyler and Degoey, 1996)*”.

³⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000. p. 167.

formatado de maneira desvirtuada, processual ou materialmente, amesquinha grande parte do elevado escopo garantístico de cidadania que lhe é reservado nos modernos textos constitucionais.

No âmbito do direito tributário brasileiro, o vácuo legislativo (não suprido, de maneira consciente, pela jurisprudência das altas Cortes), efetivamente exclui da proteção judicial o vilipêndio aos pequenos direitos patrimoniais identificados massivamente nas relações jurídicas Estado-cidadão. Situação que pode ser enquadrada no amplo conceito de injustiça³⁹:

[...] as leis que estabelecem indenizações a pagar por uma pessoa a outra pela prática de atos geradores de responsabilidade civil ou ilícitos civis podem considerar-se injustas por duas razões diferentes. Por um lado podem estabelecer privilégios ou imunidades não equitativos: seria o caso, se apenas os pares do reino pudessem exercer ação por injúria, ou nenhuma pessoa branca fosse responsável por violação dos direitos ou agressão cometidas em relação a pessoa de cor. Tais leis violariam, de uma maneira direta, os princípios de distribuição equitativa dos direitos e deveres de indenização. Mas tais leis poderiam ser também injustas de uma maneira bem diversa: porque, ainda que não fazendo discriminações não-equitativas, poderiam abster-se em absoluto de oferecer remédio para certos danos causados por uma pessoa a outra, mesmo que se considerasse moralmente devida uma indenização.

Assim como na processualística geral, a processualística administrativa e tributária vem se interessando pela temática da tutela coletiva, imbuída quase que dos mesmos propósitos das reformas processuais ocorridas nas últimas décadas: aumentar o acesso à justiça pela via do processo.

Dois grandes grupos de estudos parecem avolumar-se nesse sentido, desenvolvendo propostas de legislação fortemente calcadas nas garantias constitucionais do processo tributário e, reflexamente, nos direitos materiais tributários identicamente constitucionalizados. São eles: os “estatutos de contribuintes” e as “ações coletivas”.

Em ambos, pode-se vislumbrar espaço para a tutela dos “direitos tributários de bagatela”, por conta de uma mesma raiz de problemas em comum, derivados da massificação de conflitos⁴⁰, que, nas palavras de Antônio Benjamin⁴¹:

A massificação do conflito retira o litígio da esfera exclusiva dos diretamente envolvidos, publicizando-o, levando para o âmbito do público aquilo que anteriormente era monopólio

³⁹ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Trad. de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. p. 178.

⁴⁰ Nesse ponto, há de se ressaltar que salta à vista o grande número de ações tributárias ajuizadas nos diversos tribunais do país, emperrando a prestação judicial, sobretudo se for levado em conta que a origem dessas causas é bastante repetitiva, visto originarem-se de exações comuns a milhares de contribuintes.

⁴¹ BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Edis (Coord.) **Ação civil pública** – Lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 79.

do privado. Tais conflitos começam, então, a ser encarados sob o plano de seu ajuntamento (quantitativo e também qualitativo) e não mais sob a ótica de sua fragmentação subjetiva. Assim, conflitos que, pelo prisma individual, são economicamente menores, tornam-se, numa visão global de agregação, extensivos, relevantes, qualitativamente distintos e merecedores de tutela especial, mesmo que, para tanto, sucumbam partes ou a totalidade dos princípios de gerência do processo, respeitados, é claro, os limites constitucionais.

Para alcançar frutos que permitam diminuir a natural litigiosidade contida das relações jurídicas tributárias num ambiente conturbado pelo número excessivo de normas tributárias, pela complexidade dessas normas, pela estrutura federativa brasileira que impõe ao cidadão convívio com três esferas distintas de exação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), pela própria massificação dessas relações (milhões de sujeitos passivos: proprietários de casas, automóveis, geradores de renda, contribuintes da previdência social, usuários de serviços públicos etc.), o processo há que se adequar.

A evolução do papel do Estado, chegada ao estágio da democracia de direito, exige o desenlace das estruturas processuais com as velhas concepções individualistas e formalistas do período liberal e a adequação da prestação da tutela jurisdicional aos anseios dos jurisdicionados visando carrear ao processo a certeza da presença do julgamento justo e a credibilidade do Poder Judiciário, em vez de somente privilegiar o litigante melhor representado e com maior poderio socioeconômico⁴².

Exigência também verificada no passar da processualística científica para a processualística efetiva no Brasil, que, graças à inspiração de estudos doutrinários italianos, aproximou-se, de modo indireto, do direito anglo-saxão, mais especificamente com o devido processo legal substantivo, a criação dos juizados especiais e as ações coletivas (*class actions*), dentre outras técnicas de maximização do acesso à justiça.

E, nesse ponto, como assevera Hugo Filardi, a tutela coletiva guarda direta relação com a democratização do acesso à justiça, já que esta deve ser utilizada como meio de economia judicial e processual, impossibilitando que demandas muito dificultosas sirvam como óbice ao direito de ação, além de permitir o desafogamento da Justiça e conseqüente diminuição da propositura de ações similares⁴³.

A colocação do direito tributário na quadratura das ações coletivas evita que este continue a ignorar que, no Estado democrático de direito, a lei tem como pressuposto e justificação a justiça, e que o funcionamento do Estado deve promover a participação dos

⁴² FILARDI, Hugo. Ação civil pública e acesso à justiça. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 18, p. 46.

⁴³ FILARDI, Hugo. Ação civil pública e acesso à justiça. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 18, p. 46.

cidadãos também na Administração Tributária⁴⁴.

Assim, vislumbradas pela ótica dos direitos fundamentais, onde efetivamente se assentam, as ações coletivas são justificadas sociologicamente como instrumento essencial de acesso à justiça e de política judiciária – pois promovem economia processual – elementos que são insuficientes teoricamente para fundamentar sua estrutura jurídico-processual, pois não abordam o modelo de representação embutidas no conceito: quem representa quem, e como se faz essa representação?⁴⁵

É exatamente essa discussão, a do modelo de representação processual embutido nas ações coletivas, que exhibe algumas deficiências metodológicas da importação das *class actions* para a realidade brasileira. Essas deficiências parecem nascer da distância que os estudiosos pátrios guardam da *common law*, e dos poucos estudos a ela dirigidos, o que impediu discussões profundas, a respeito de um modelo processual inovador, poderoso, mas que, se não analisado à luz de seu contexto, de seu berço, pouco potencializa seus efeitos vigorosos em nosso ordenamento jurídico. Tanto é que, empiricamente, pode-se afirmar que, apesar de vinte anos de Brasil, a Lei de Ação Civil Pública – LACP, uma das introdutoras das ações coletivas no território nacional, não provocou nenhuma “revolução”, no sentido estrito do termo.

Outra deficiência que pode ser observada na metódica do estudo das ações coletivas e de sua importância como elemento processual que sedimenta os valores do acesso à justiça é a ausência de ocupação científica dos estudiosos e dos operadores do direito com os direitos fundamentais, instância em que a temática devidamente se coloca. Para Dimoulis e Martins, a consequência dessa postura é visível, já que coloca os direitos fundamentais “à disposição do legislador ordinário”, e à boa vontade política destes para concretizá-los como e quando interessar aos grupos de poder, o que, *ultima ratio*, torna inócuas as prescrições constitucionais garantísticas, deixando sempre a cargo do legislador comum as condições de exercício e as limitações aos direitos fundamentais, e, assim, ignorando a supremacia constitucional⁴⁶.

⁴⁴ Cf. CAMPOS, Diogo Leite de. A jurisdicização dos impostos: garantias de terceira geração. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **O tributo: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 91.

⁴⁵ Cf. LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998. p. 18-20.

⁴⁶ Cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 19.

5 NECESSIDADE DE TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS TRIBUTÁRIOS

SUMÁRIO: 5.1 Direitos sem tutela; 5.1.1 Necessidade de tutela adequada; 5.1.2 Tutela adequada dos direitos individuais homogêneos no mercado de capitais; 5.2 Adequação da tutela aos *standards* das *class actions*; 5.2.1 Acesso à justiça; 5.2.2 Economicidade; 5.2.3 Equalização das partes no processo; 5.2.4 Efetivação dos direitos materiais.

5.1 Direitos sem tutela

As modernas garantias constitucionais contras os excessos do poder de tributar podem ser contornadas pelo Estado de várias maneiras, dentre as quais se sobressaem a carga fiscal desmedida, cuja juridicidade é difícil de ser equacionada e desvia o tratamento da questão para a área política e econômica, e as restrições aos meios processuais de defesa, que desnivelam sobremaneira as relações tributárias em favor do fisco, colocando as pretensões de defesa dos direitos e garantias dos contribuintes numa classe jurídica menos valiosa que a exação estatal.

A história recente do Brasil demonstra que no âmbito tributário remanesce uma categoria de direitos à margem de tutela específica, visto que o custo para sua defesa extrapola em muito o objeto da pretensão. Trata-se de certos direitos individuais homogêneos de origem tributária, que, por sua diminuta expressão monetária, são de inviável pleiteamento processual. Costuma a doutrina denominá-los de “direitos patrimoniais de bagatela”, cuja definição baseia-se na relação custo-benefício que o lesado, caso optasse por alguma via processual de defesa, qualquer que seja ela, teria de contabilizar, levar em conta, para decidir se a retomada de seu direito valeria a pena em termos meramente financeiros. Segundo define Aluisio Mendes¹:

Os danos resultantes de circunstâncias de fato ou relações jurídicas comuns são, freqüentemente, se considerados separadamente, em termos econômicos, de pequena monta, fazendo com que, na relação custo-benefício, o ajuizamento de ações individuais seja desestimulante e, na prática, quase que inexistente, demonstrando, assim, a fragilidade e deficiências em relação ao acesso a Justiça. A eventual falta ou deficiência dos instrumentos processuais adequados para os chamados “danos de bagatela”, que, considerados globalmente, possuem geralmente enorme relevância social e econômica, estimula a repetição e perpetuação de práticas ilegais e lesivas.

Na prática, esses direitos individuais homogêneos não têm nenhuma tutela adequada. Isso apesar do fato de, por serem lesões ínfimas do ponto de vista individual,

¹ CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 373, p. 30.

quando mensurados coletivamente demonstram prejuízos diretos enormes aos contribuintes, propiciando às Fazendas Públicas operar com recursos que, num ambiente mais propício à defesa desses direitos, ela não deveria dispor.

Em grande parte do mundo, a técnica processual adequada para a viabilização dessas pretensões passa pela “molecularização” dessas demandas, via processo coletivo.

No Brasil, entretanto, a própria legislação afasta a tutela coletiva dos direitos tributários, sob o argumento que, por serem considerados individuais homogêneos, mas sem relevância social, devem ser pleiteados individualmente por cada interessado. Posição que, *ultima ratio*, nega tutela a grande parte desses direitos, pois, como já ressaltado, há direitos patrimoniais que, de valores tão irrisórios, é impossível achar quem queira pedir-lhes a tutela ao Estado-juiz.

Imagine-se, por exemplo, uma lesão causada por um erro no cálculo no valor da contribuição para o custeio da iluminação pública em determinada cidade, que tenha atingido cinquenta mil residências, acarretando um gravam tributário indevido de R\$ 2,00 (dois reais) a cada contribuinte (proprietário de imóvel). O fisco, nesse caso, teria recebido cem mil reais a mais do que deveria. Erro identificado. No entanto, a Administração Tributária nega-se a ressarcir os prejuízos. A quem recorrer?

Um caso como este, sob a ótica da jurisprudência e das leis atuais, é uma pretensão morta. A menos que alguém, imbuído de valores morais muito elevados, resolva dar “uma lição” na Administração, impetrando uma ação que, ao cabo de vários anos, vai lhe conceder uma repetição de indébito de dois reais, mais juros moratórios e outros acréscimos legais pertinentes. Poucos em sã consciência dispor-se-iam a essa quixotesca empreitada.

Por escamotear ofensas a direitos patrimoniais irrisórios se considerados individualmente, a negativa de prestação jurisdicional, nestes casos, aparentemente não produz reflexos econômicos diretos, até porque as pretensões ressarcitórias desses direitos não chegam a se transformar em lides. Elas apenas exasperam o sentido negativo do sistema tributário brasileiro, levando ao seu descrédito perante a sociedade.

As “causas de bagatela” trazem consigo um efeito perverso sobre os demandantes de pouco poder econômico, já que, para estes, a luta pelo direito transmuda-se num pesar individualmente mensurado²:

² SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: SOUZA JR., José Geraldo de; AGUIAR, Roberto A. R. de. (Org.). **Introdução crítica ao direito do trabalho**. Brasília: UnB, 1993. p. 111.

O custo do processo, aliado a outros fatores de ordem social e cultural que são vistos adiante, pode impedir o cidadão comum de recorrer ao Poder Judiciário. Em estudo sociológico foi constatado que em determinados países o custo do processo aumenta à medida que baixa o valor da causa. Na Inglaterra, por exemplo, verificou-se que em cerca de um terço das causas em que houve contestação, os custos globais foram superiores aos do valor da causa. Na Itália, as custas processuais podem atingir 8,4% do valor da causa com valor elevado, ao passo que nas causas de pequeno valor essa percentagem pode elevar-se a 170%. Tais estudos revelam não só que a justiça civil é cara, mas, principalmente, que ela pode ser mais cara para os menos favorecidos, já que é possível dizer que são esses, em grande proporção, os litigantes nas causas de pequeno valor, e nessas o custo do processo pode não guardar proporção com o valor da causa, atingindo valores insuportáveis.

Mesmo aqueles com recursos disponíveis para o litígio abrem mão de seus direitos, quando o vilipêndio patrimonial é irrisório. Assim, ainda que os membros do grupo pertençam à camada mais privilegiada da sociedade, vê-se que a *class action* constitui o único caminho capaz de permitir o acesso à justiça quando a causa for relativamente pequena em relação ao custo global do litígio para justificar individual batalha³.

Há inúmeros casos de ocorrência cotidiana nas Fazendas Públicas, principalmente nas municipais, de pequenos erros, ilegalidades e inconstitucionalidades a causar gravames ínfimos, mas reiterados, na generalidade de seus respectivos contribuintes.

Tributos como taxa de coleta de lixo, taxa pela licença de localização comercial, taxa pela licença de funcionamento comercial, taxa de bombeiros, e mesmo o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU da maioria das cidades brasileiras, são lançados em valores tão ínfimos que aqueles contribuintes que identificam irregularidades nessas exações, simplesmente não tem a quem recorrer. Porque as Administrações Tributárias, é praxe, não reconhecem erros de lançamento de ofício e baseiam-se sabidamente em legislação inconstitucional para efetuar lançamentos de tributos, pois o custo-benefício desses procedimentos irregulares, para elas, é bastante vantajoso, exatamente porque os contribuintes não têm saída institucional adequada: ou pagam, ou são submetidos a cobranças administrativas e judiciais, com todas as incômodas conseqüências da inadimplência.

Isso é o que chama atenção no caso do Brasil: na prática, certos direitos ficaram sem tutela, o que evidencia uma anomalia do sistema jurídico, ocorrida num país em que, paradoxalmente, a plenitude do acesso ao Judiciário é garantia constitucional:

Art. 5º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Na história recente do desenvolvimento processual do país, o que se observou foi

³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. “**Class action**” e **mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 11.

que, no tocante à proteção coletiva dos direitos tributários, tentou o Ministério Público brasileiro, no afã de contornar a falta de um procedimento adequado, utilizar-se da ACP para a defesa desses direitos, logo repelida pela jurisprudência sob variada gama de argumentos jurídicos. Para encerrar de vez essa empreitada, foi criada vedação legislativa expressa para esse tipo de tutela, por meio da alteração efetuada na LACP pela Medida Provisória nº 1.789/1999.

Como será visto adiante, em capítulo próprio, a evolução da jurisprudência e o tratamento legislativo conferido às ações coletivas no âmbito das relações jurídicas tributárias levou à ocorrência de uma lacuna ideológica no sistema processual civil brasileiro, nos moldes definidos por Norberto Bobbio⁴:

Entende-se também por lacuna a falta não já de uma solução, qualquer que seja ela, mas de uma solução satisfatória, ou, em outras palavras, não já a falta de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe. Uma vez que essas lacunas derivam não da consideração do ordenamento jurídico como ele é, mas da comparação entre ordenamento jurídico como ele é como deveria ser, foram chamadas de “ideológicas”, para distingui-las daquelas que eventualmente se encontram no ordenamento jurídico como ele é, e que se podem chamar de “reais”. Podemos também enunciar a diferença deste modo: as lacunas ideológicas são lacunas de *iure contendo* (de direito a ser estabelecido), as lacunas reais são de *iure condito* (do direito já estabelecido).

Para o autor, a distinção entre uma lacuna real e uma lacuna ideológica reside na forma como podem ser eliminadas: a real, mediante a aplicação das leis vigentes; a outra, somente com edição de novas normas, daí, não se conceber que um sistema positivo possa ser incompleto pela constatação de lacunas ideológicas, já que estas transbordam o estudo do direito e esbarram na sociologia, na economia e na política.

A proteção conferida pelo ordenamento aos atos do Poder Executivo, quando abusiva, nega uma transformação histórica e sistêmica ocorrida na tripartição dos poderes do Estado, hoje vislumbrada como conquista dos direitos sociais: a superação das doutrinas outrora imperantes que vedavam ao Poder Judiciário pronunciar-se sobre a legitimidade dos atos dos demais poderes⁵.

A tributação, assim como qualquer atividade administrativa, para ter legitimidade, deve amparar-se no respeito aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, submeter-se ao crivo do Poder Judiciário, se necessário, sob uma tutela efetiva e não meramente formal.

⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Trad. de Maria Celeste C. L. dos Santos. Apres. de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora UnB, 1999. p. 140.

⁵ Nesse sentido: CASÁS, José Osvaldo. Seguridad jurídica, legalidad y legitimidad en la imposición tributaria. In: CARVALHO, Paulo de Barros. **Justiça tributária**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 401.

Nesse contexto, os privilégios da fazenda pública⁶, entendidos como posições processuais privilegiadas, não podem ser tão rígidos a ponto de fulminar pretensões de reparação de ilícito, por mais ínfimos, em termos econômicos, que estes sejam.

A inexistência de uma regra, a inexistência “de fato” de determinado tipo de tutela, porém, apesar de transbordar o direito positivo, interessa sim à ciência jurídica, pois sem o vislumbre de modelos ideais, não há como direcionar os estudos rumo a sistemas processuais “mais efetivos”. Daí a importância dos estudos de direito e legislação comparados e da proposição de soluções inovadoras, mesmo que importados de sistemas estrangeiros.

A situação requer análise delicada e a busca de um procedimento adequado à natureza das relações jurídicas controvertidas, que seria a saída real, o contorno efetivo para o problema.

5.1.1 Necessidade de tutela adequada

As ações judiciais tipificadas pelo ordenamento foram pensadas para a proteção de direitos civis e políticos clássicos, exemplo disso é que a incidência da maioria dos direitos econômicos, sociais e culturais provoca problemas de legitimação ativa que não se limitam à etapa de formação da ação, mas se prolongam no processo, devido à inexistência de mecanismos adequados de participação dos sujeitos coletivos, o que deixa evidente o caráter individualista dos procedimentos⁷, ainda hoje fortemente marcados pela influência liberal do século XIX.

Apesar de o ordenamento brasileiro adotar, com raízes históricas, o sistema de direitos e não o de ações – a denominada “atipicidade das ações”, que permite ao demandante compor a lide de maneira livre, desde que demonstre interesse de agir – hoje o que se evidencia no direito processual é a necessidade de reaproximação com o direito material e da redefinição de procedimentos, pois a instrumentalidade e a técnica processual implicam que, para ser eficaz, é preciso adaptar-se à natureza particular do próprio objeto do direito⁸.

O procedimento adequado deflui, também, da bipolaridade do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, porque, se de um lado nega ao legislador

⁶ Nesse contexto, pode-se afirmar que, de fato, a vedação de tutela de direitos individuais homogêneos de natureza tributária por meio da ACP funciona como um privilégio disfarçado, mais uma garantia processual excessiva concedida às fazendas públicas.

⁷ Cf. ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 129.

⁸ Nesse sentido: CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001. p. 20.

poderes para cercear, normativamente, o acesso à justiça; por outro, afirma, implicitamente, a obrigação de existência de procedimentos adequados à tutela de todos os direitos.

Sob essa perspectiva constitucional do processo que, permeada pela instrumentalidade, pela noção de acesso à justiça e pela valoração do fenômeno processual, o direito processual contemporâneo deve interpretar os institutos e as técnicas, visando não a um fim em si mesmo, mas à solução de problemas reais que afetam a vida em sociedade⁹.

A densificação da jurisprudência e o arcabouço legal protetivo da fazenda pública, montados nos últimos anos, com o fim de afastar a apreciação coletiva de demandas tributárias exigem superação distinta da reinterpretação normativa por parte dos tribunais superiores (a essa altura já bastante vinculados às suas decisões passadas), ou da derrogação das modificações restritivas impostas pelo Poder Executivo ao objeto das ações civis públicas.

Fica evidente a necessidade de um novo procedimento adequado às pretensões “de classe” tributárias. Nesse sentido, tem atuado alguns *experts* do direito processual, para desenvolver as propostas de um código brasileiro de processo coletivo, e os grupos de pressão em defesa dos direitos do contribuinte, ao proporem um moderno estatuto do contribuinte brasileiro, um “Código de Defesa do Contribuinte”. Resta saber se essas propostas viabilizariam essas pretensões represadas, se funcionariam como meios adequados de tutela. E, para isso, há que analisar seus pontos de contato com o tema discorrido.

Arruda Alvim identifica a necessidade de tutelas coletivas diferenciadas e garantísticas no ordenamento brasileiro, para o autor¹⁰:

Certamente, a situação do consumidor não é a única a merecer uma maior guarda, pois outros setores críticos da sociedade demandam intervenção protetiva do legislador. E, na raiz das modificações operadas no direito obrigacional, encontram-se em escala apreciável os mesmos fenômenos que levaram à necessidade de reequacionamento dos instrumentos processuais, motivadas aquelas e estes, pelo mesmo valor axiológico: um reequilíbrio dos que se defrontam na ordem jurídica. O que se mostrou necessário foi idealizar um aparato que, dentre as suas finalidades, servisse à vida social em massa, por meio da reconfiguração, às vezes, senão quase sempre, radical de institutos jurídicos, que, nessa nova roupagem, guardam pouquíssima relação com aqueles institutos de que se poderia pretender houvessem sido a matriz desses novos.

Pela insignificância econômica individual, a denominada lesão tributária de pequena monta, só se vista e tratada juridicamente como interesse individual passível de receber tratamento coletivo poderá ser objeto de solução de litígio¹¹, caso contrário, será mais

⁹ Cf. SANTOS, Christianine Chaves. **Ações coletivas & coisa julgada**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 34.

¹⁰ ALVIM, Arruda. Ação civil pública: sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 74-75.

¹¹ Nesse sentido: MARINS, James. Ações coletivas em matéria tributária. **Revista de Processo**. São Paulo, n.

um fato jurídico a se somar ao imenso volume de demandas reprimidas, demandas de litigiosidade contida.

A depender da atuação individual do cidadão-contribuinte, essas demandas nunca chegarão a ser levadas a juízo. Isso porque a dispersão dos lesados impede ou inviabiliza o efetivo acesso de todos os lesados à Justiça, e com isso, mesmo que de maneira não intencional, já contam aqueles que porventura venham a causar danos a interesses transindividuais¹² (o que inclui, invariavelmente, o fisco como causador de danos patrimoniais tributários).

Mecanismos de atuação processual especial não são, em absoluto, novidades. Muitos exemplos podem ser encontrados no direito processual público, que seria, na concepção de Scarpinella Bueno, “o direito processual civil voltado à solução das lides e dos conflitos de interesse regidos pelo direito público, isto é, contra o Estado em suas diversas órbitas de atuação”¹³. O valor da pretensão ou o tipo de controvérsia também podem ser motivos legítimos para algumas diferenças procedimentais entre ações coletivas¹⁴.

Diversas barreiras psicológicas e culturais que obstaculizam o acesso à justiça podem ser derrubadas por formas procedimentais especializadas que oferecem a possibilidade de atrair pessoas e capacitá-las a reivindicar seus direitos contra seus adversários mais poderosos. Como atenta Gilberto Schäfer¹⁵.

O desafio é criar foros que sejam atraentes para os indivíduos, não apenas sob o ponto de vista econômico, mas também físico e psicológico, de modo que eles se sintam à vontade e confiantes em utilizá-los, apesar dos recursos de que disponham aqueles a quem eles se opõem.

Essa, aliás, é a tônica das novas formas de tutela coletiva, que, diante da necessidade de mecanismos processuais mais afeitos à sociedade de massa, iniciou no mundo inteiro, sobretudo na segunda metade do século XX, uma verdadeira batalha legislativa e doutrinária para encontrar os melhores instrumentos de proteção coletiva, pois a trilha até

76, p. 98.

¹² MAZZILLI, Hugo Nigro. A intervenção do Ministério Público no processo civil: críticas e perspectivas. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 168.

¹³ BUENO, Cassio Scarpinella. Processo civil de interesse público: uma proposta de sistematização. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 30, para quem é direito processual “público” exatamente para diferenciá-lo do processo civil, e evidenciar que não se trata de normas instrumentais voltadas para a solução de conflitos privados.

¹⁴ GIDI, Antonio. Código de processo civil coletivo. Um modelo para países de direito escrito. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 111, p. 193.

¹⁵ SCHÄFER, Gilberto. **Ação civil pública e controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002. p. 22.

então seguida, focada na concepção de tradição individual significava tornar impossível a proteção dos novos direitos, justamente no momento em que eles despontavam como os mais essenciais para o convívio humano¹⁶.

E os novos “direitos tributários” surgidos dos modernos estatutos de contribuinte e do revestimento de “velhos direitos” jamais efetivados de fato, arriscam padecer exatamente pela falta de tutela adequada ao direito material vinculado. De pouco vale o reconhecimento cada vez maior de novos direitos, se não houver instrumentos aptos a torná-los direitos realmente efetivos, em nível de políticas públicas ou por meio de um sistema processual adequado às suas peculiaridades. No entanto, tal reconhecimento deve ser não apenas consistente, sob o ponto de vista teórico-científico, mas também deve atender aos escopos da função jurisdicional do Estado (aspecto da concretização dos novos direitos através da tutela jurisdicional)¹⁷.

Apesar de, como será visto, vários estudiosos do direito opinarem pela inconstitucionalidade da restrição aos pleitos tributários serem veiculados por meio da ação civil pública, é fato que a jurisprudência dominante do STF não obstaculizou esse cerceamento legislativo, e, parece, não o fará em futuro próximo. O que demonstra que a única via possível para a superação do problema é a reforma legislativa, com a criação de procedimentos adequados às lides tributárias coletivas.

Isso porque, para Humberto Ávila, o STF desenvolveu a “tese do legislador negativo” para indicar que o Poder Judiciário tem a função de legislar negativamente, no sentido de eliminar do ordenamento jurídico a norma incompatível com a Constituição, mediante um juízo de exclusão, não podendo criar norma jurídica geral diversa da instituída pelo Poder Legislativo¹⁸. E assenta-se nessa tese incondicionalmente. Assim, se não se enquadra na lógica histórica do órgão máximo da Justiça brasileira inovação no âmbito do direito material, muito menos há de se esperar que tal ocorra com o direito processual, até porque este, no mais das vezes, assenta-se em legislação infraconstitucional que, apenas raramente, vai à apreciação da Corte Maior.

A identificação de microcosmos de relações jurídicas não efetivamente tuteladas pelo direito põe em relevo a politização do Poder Judiciário como centro atrativo das

¹⁶ FERREIRA, Rony. **Coisa julgada nas ações coletivas**: restrição do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2004. p. 37.

¹⁷ SANTOS, Christianine Chaves. **Ações coletivas & coisa julgada**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 48.

¹⁸ ÁVILA, Humberto. Estatuto do contribuinte: conteúdo e alcance. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, vol. I, nº 3, p. 20-21, jun. 2001. Periodicidade não definida. ISSN 1982-6990. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_3/DIALOGO-JURIDICO-03-JUNHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf.

exigências das demandas sociais, que à falta de caminhos formalmente estabelecidos para apresentar suas pretensões ao Estado, incitam, em maior ou menor grau, o ativismo judicial. O que, para Consuelo Yoshida¹⁹:

Não deve ser criticada, mas elogiada e incentivada a chamada “politização do Judiciário”, no bom sentido de que este Poder muito pode contribuir para a execução e efetivação das políticas públicas, notadamente na área social, [...]. Ademais, o papel do Judiciário é, sim, buscar e procurar fazer justiça na solução de conflitos individuais e coletivos, e não simplesmente aplicar qualquer norma indiscriminadamente, mesmo aquelas que, a pretexto de disciplinar e realizar o exercício do direito, acabam por inviabilizá-lo quase que por inteiro.

Os princípios constitucionais estatuídos no Sistema Tributário Nacional não vinculam somente as pretensões materiais das Fazendas Públicas, limitando-as. Têm caracteres processuais subjacentes, pois de nada adiantariam para dosar a medida da aplicação da lei substantiva, se não refletissem, também, no processo.

Quando se têm como premissa, por exemplo, o princípio da igualdade ou da isonomia no âmbito tributário, necessário interpretar que sua aplicação extrapola os limites do direito material, alcançando, com a mesma força, as regras do procedimento administrativo ou judicial que viabilizam, *ultima ratio*, a concretização das normas substantivas.

Em um Estado de Direito, a proclamação do princípio da igualdade vai muito além da mera igualdade formal: não se trata só de igualdade ante a lei, mas da procura de uma igualdade efetiva.

Assim, o *status* jurídico do cidadão perante o Estado tributário deve ser pré-ordenado com garantias constitucionais firmes e efetivas, que se irradiem, também, na sua eventual posição processual perante o fisco. O resguardo da apreciação judicial da lesão causada pela norma ou pela atuação do Estado não pode deixar de fora aqueles que não são amparados por procedimentos viáveis, por instrumentos processuais que verdadeiramente tutelem a pretensão, por mais ínfima que seja em termos econômicos.

Dado o papel ativo que corresponde ao Estado, encarregado de promover as condições necessárias que tornem possível a igualdade efetiva e real, depreende-se que, existindo situações desiguais, não se pode proceder a uma aplicação igualitária do direito, pois isso nada mais faria do que incrementar as próprias desigualdades²⁰. Assim também o é no processo.

Acesso em 15 de fev. 2008.

¹⁹ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 39-40.

²⁰ GARCÍA, Felipe Romero. **El valor sistema tributario**: acerca de su integración entre los principios de la

A igualdade processual exige procedimentos específicos para as diferentes pretensões, seu escopo é trazer ao palco do litígio, quando ocorrente, armas paritárias, mesmo quando um dos litigantes seja o próprio Estado, sob pena de aviltamento da posição jurídica do cidadão contribuinte no processo, tanto administrativo quanto judicial.

O sistema processual, sob essa análise, deve ser homogêneo, permitindo tratamentos diferenciados apenas se racionalmente necessários.

Em países como o Brasil, onde se mostram insuficientes os meios de participação democrática direta efetiva, a falta de voz do cidadão no debate político do arranjo tributário torna ainda mais pesada a chamada “carga tributária” e menos digno de credibilidade o sistema tributário como um todo.

Não se instituiu, ainda, uma forma diferenciada de tutela de interesses individuais coletivamente agredidos²¹, uma *class action for damages*, como existe no direito norte-americano, de que muito se ressentem os contribuintes brasileiros.

A falta de tutela, contudo, é mais sentida no campo de oposição processual ao próprio Estado, isso porque, no plano legal, existe um diploma que, por exemplo, outorga legitimidade ao Ministério Público para atuar na defesa coletiva de direitos individuais homogêneos e disponíveis. É a Lei nº 7.913/89, que tutela investidores no mercado financeiro, versando direitos dessa natureza²².

Os direitos individuais homogêneos de origem tributária permanecem não tutelados no Brasil por mera motivação ideológica, por opção legislativa e sistêmica. A existência de amparo processual coletivo aos investidores no mercado de capitais é a prova cabal dessa assertiva. Afinal, o que levaria o ordenamento a proteger investidores em ações e não proteger pequenos contribuintes?

5.1.2 Tutela adequada dos direitos individuais homogêneos no mercado de capitais

Essa tipologia de processo coletivo, aliás, merece algumas observações. Há controvérsia na doutrina quanto à espécie de interesses ou direitos que a ação de que trata a Lei 7.913/1989 visa proteger. Ada Grinover considera a ação judicial de que trata a aludida lei a primeira *class action for damages* brasileira, ou seja, a primeira ação coletiva destinada à

imposición. Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005. p. 186.

²¹ ARMELIN, Donaldo. Ação civil pública: legitimidade processual e legitimidade política. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 121.

²² *Ibid.*, p. 124.

proteção de direitos individuais a que o Código de Defesa do Consumidor veio, posteriormente, a atribuir o qualificativo de “homogêneos”. Essa assertiva, no entanto, deve ser acatada *cum grano salis*. Se com ela se pretendeu dizer que a aludida lei foi a primeira, no direito brasileiro, a instituir uma ação coletiva voltada ao ressarcimento de indivíduos lesados, a afirmativa pode ser aceita. Já o mesmo não poderá ser dito se o objetivo foi de identificá-la com a *class actions for damages* de que trata a *Rule 23 (b) (3)* das *Federal Rules of Civil Procedure*. E isso porque esta última se volta, primordialmente, à defesa de interesses privados, consistentes no ressarcimento dos indivíduos integrantes de uma determinada classe. Por outro lado, embora não afaste o ressarcimento dos indivíduos lesados, o objetivo fundamental da ação de que trata a Lei 7.913/89 é o de fazer atuar a lei, impedindo que os infratores tirem proveito da violação praticada, verificando-se, destarte, o predomínio do objetivo repressivo²³ em relação ao escopo simplesmente indenizatório²⁴.

Os dois objetivos legais que os analistas jurídicos enxergam na Lei nº 7.913/1989 são bastante distintos: o imediato, o resguardo dos próprios investidores que atuam no mercado de ações, protegendo sua posição patrimonial individual contra ataques irregulares dos operadores do sistema ou de outros investidores; e o mediato: a proteção do próprio sistema de títulos e valores mobiliários em si, a chamada “proteção do mercado”.

Essa última é mais difícil de aceitar como incluída no escopo da lei. Isso porque tal competência é dos próprios órgãos do Poder Público instituídos para tal, no caso, a Comissão de Valores Mobiliário – CVM e outras agências governamentais do gênero.

Um possível futuro encaixe das pretensões tributárias como objetos passíveis de tutela coletiva não necessariamente indicará que a probidade da fazenda pública no trato com as leis exadoras ou com os procedimentos fiscais seja o intuito de tal norma processual. O meio processual de reparar o dano patrimonial provocado pelo fisco é que o será.

A proteção aos direitos individuais homogêneos é a razão primeira dessas tutelas coletivas, talvez a única. O maior zelo do Poder Tributário, porventura premido por regras de defesa do contribuinte bastante eficazes, será apenas uma consequência da existência da tutela

²³ CAMARGO FERRAZ, Antonio Augusto Mello de. Considerações sobre interesse social e interesse difuso. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos**: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 70, analisa o caráter repressivo desse tipo de norma, de maneira bastante ampla: “As medidas judiciais de caráter geral, tomadas em defesa do consumidor, assim como em defesa de qualquer outro interesse social, não têm em mira reparar um dano material, mas sim, em última análise, assegurar a observância de um princípio, norma ou valor de ordem pública, essencial para o harmônico convívio social, daí não terem natureza indenizatória, mas cautelar, quando não tendentes à condenação ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

²⁴ ZACLIS, Lionel. **Proteção coletiva dos investidores no mercado de capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 153.

coletiva adequada.

Ademais, a questão do objetivo específico de uma lei que trate de direitos coletivos é algo que deve ser cuidadosamente tratado pela doutrina e jurisprudência, pois pode abrir caminhos para complicadas discussões sobre os interesses protegidos, se de relevância social ou não, e sobre questões de legitimidade ativa para as causas, haja vista que a interpretação majoritária das cortes brasileiras estipula caber assento ao Ministério Público na titularidade das ações coletivas quando se tratar de causas de relevante interesse social, mesmo em se tratando de direitos individuais homogêneos.

5.2 Adequação da tutela aos standards das class actions

O maior parâmetro de configuração processual para a tutela de prejuízos sofridos coletivamente em larga escala é o que foi estruturado na LACP quanto à tutela de direitos individuais homogêneos, derivados das *class actions for damages* do direito norte-americano. É esse modelo de ação de classe que deve balizar o trabalho dos pensadores e ser entronizado no âmbito tributário de modo harmônico, compatibilizando as estruturas de julgamento tanto da esfera administrativa quanto da judicial.

Os direitos tributários, concebidos pela doutrina e jurisprudência majoritária como direitos individuais homogêneos, bem se encaixam nesse modelo de tutela, descrita por Antônio Benjamin²⁵:

Direitos e interesses tipicamente individuais perdem sua condição atômica na medida que surjam como conseqüência de um mesmo fato ou ato. São, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos *strictu sensu*), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais, enfim, por criação legal. São, por esse ângulo, acidentalmente supraindividuais. Falamos, então, em interesses e direitos individuais homogêneos, área em que, no sistema de *common law*, atua, preponderantemente, a *class action*.

Como será visto mais adiante, trata-se de um modelo exportável, e bem absorvido em inúmeros ordenamentos mundo afora, inclusive aqui no Brasil. Seu núcleo de objetivos precípuos – acesso à justiça, economia processual, equalização da força processual das partes e efetivação dos direitos materiais – deve nortear a busca pelo tipo de tutela que mais seja

²⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Edis (Coord.) **Ação civil pública** – Lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 96.

adequado às pretensões postas em juízo.

5.2.1 Acesso à justiça

É uma premissa contemporânea que o direito de ação seja revestido de um fim social, e, para isso, há que se romper com certos grilhões do liberalismo, ainda hoje muito fortes na ciência processual, segundo o qual o acesso à justiça é uma mera formalidade, é o “direito de litigar”, ofertado pelo ordenamento a quem queira levar suas pretensões perante o Estado-juiz.

O acesso a uma ordem jurídica justa pressupõe afastar a presunção de igualdade no processo, verdadeiro ranço liberal, e trocá-la pela adequação do procedimento à realidade do objeto e do litigante. Os óbices econômicos, sociais e culturais há de ser enfrentados para que o resultado do processo seja útil e que o direito fundamental à prestação jurisdicional seja respeitado e realmente efetivado.

Para isso, as tutelas devem ser adequadas aos direitos materiais, e não o contrário. Se observado pela experiência jurídica que certos direitos não se coadunam com os ritos e com os procedimentos “gerais” ofertados pelo Estado, reformas são necessárias, visando “tutelas adequadas”.

No campo dos direitos tributários, não há empecilho nenhum observado pela doutrina à encampação do processo coletivo, pois, só por este meio, alguns direitos tornam-se “viáveis”. Nesse sentido, explana Antonio Gidi²⁶:

Com efeito, abundam exemplos no cotidiano em que um grupo de pessoas possui um direito no plano teórico, mas não dispõe de um instrumento prático para efetivamente fazê-lo valer em juízo. Em tais casos, a única forma de impedir a injustiça é através da concepção de um método eficiente de controle social, adaptado às peculiaridades da controvérsia coletiva.

5.2.2 Economicidade

Um dos escopos primordiais das *class actions*, bastante assentado no pragmatismo jurídico anglo-saxão, é propiciar economia processual de uma maneira ampla: seja viabilizando o acesso à justiça de maneira coletiva quando as despesas judiciais individualizadas ultrapassem o valor da causa; seja desonerando o Poder Judiciário do tratamento repetitivo e caro das demandas repetitivas; seja diminuindo o próprio tempo do

²⁶ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos**: as ações coletivas em uma

processo, mesmo que de maneira indireta, por meio deste tipo de processo.

Cruz e Tucci, em estudo a respeito do tema, e calcado em inúmeros levantamentos estatísticos produzidos por estudiosos estadunidenses, italianos, franceses e canadenses, afirma não haver dúvida de que o ajuizamento de uma ação coletiva implica evidente redução de custo e tempo, se comparados com as lides individuais ajuizadas com idêntico escopo²⁷. O que demonstra a potencialidade desses instrumentos processuais coletivos para diminuir o abarrotamento dos tribunais e, noutra ponta, reduzir os enormes gastos do Estado na gerência desses inúmeros e custosos ritos procedimentais, que consomem bastante recursos de pessoal e de logística²⁸.

A economicidade no trato da questão há de ser perseguida como um dos principais objetivos processuais, sob pena de influenciar negativamente a chamada “crise do Judiciário”.

A solução dos conflitos na dimensão coletiva, além de facilitar o acesso à justiça pelo barateamento das custas individualmente consideradas, pela quebra de barreiras sociais, econômicas e culturais, evita a banalização das soluções fragmentárias que tanto atravancam o Poder Judiciário e conferem “peso político mais adequado às ações destinadas à solução desses conflitos coletivos”²⁹.

5.2.3 Equalização das partes no processo

Uma das dificuldades do acesso à justiça tributária é um obstáculo difícil de ser transposto no processamento da lide: a desigualdade de posição observada entre o cidadão comum e os órgãos imbuídos da arrecadação e da cobrança de tributos – lato sensu, perante o que se denomina fazenda pública. Nesse aspecto, falar de “paridade de armas” é ocultar um problema grave que se esconde através do formalismo processual da igualdade das partes.

O campo tributário, mais do que qualquer outro campo do direito positivo é

perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 29.

²⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 136-137.

²⁸ Registre-se, contudo, que, para alguns autores, a problemática da economicidade não deve conduzir políticas de legislação processual. MACIEL JR., Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006. p. 169, por exemplo, afirma que “As razões econômicas, embora importantes para equacionar a gestão dos processos e oferecer soluções racionais, não são prioridades do processo. A realização da Justiça não é um negócio, uma empresa, mas uma função pública necessária exercida por monopólio do Estado, que chamou para si a solução dos interesses em conflito que restaram inconciliáveis. A aplicação da Justiça sempre será deficitária e custosa porque é uma atividade que cumpre uma função política institucional do Estado de decidir e impor imperativamente suas decisões. Estabelecer políticas legislativas para a norma processual no sentido de simplificação do processo é algo perfeitamente aceitável, mas promover formas de exclusão de acesso à Justiça sob a máscara da modernidade é, no mínimo, repugnante, o que se traduz juridicamente como inconstitucionalidade”.

²⁹ WATANABE, Kazuo. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 787.

prolífico em normas casuísticas, temporárias, complexas, e em ritos por demais complicados para permitir ao cidadão leigo acompanhar uma causa no processo tributário, por mais simples que seja essa.

Um exemplo disso encontra-se no processo administrativo tributário, em que se permite ao contribuinte litigar sem a presença de advogado. Se de um lado essa regra visa maleabilizar as formas e instrumentos processuais, tornando “menos burocrático” o acesso às reclamações e ao direito de petição junto aos órgãos do Poder Executivo; por outro, ela realça ainda mais a desigualdade no embate processual travado nesse nível.

Isso porque o contribuinte terá um campo vasto para cometer todos os tipos de erros que se espera sejam cometidos nos pleitos administrativos pelas “pessoas comuns”, sem conhecimento técnico adequado para ali se fazerem ouvir. Para piorar, terá, como oponentes, funcionários bem treinados e bem remunerados para defender os interesses e pontos de vista do fisco (já que os servidores fiscais no Brasil, via de regra, são muito melhor remunerados que o grosso do funcionalismo público).

Fechando essa dificultosa situação da falta de defesa do cidadão-contribuinte perante o Estado-fiscal, basta lembrar que, no Brasil, não existem estruturas públicas institucionalizadas aptas a amparar o pleito de quem que seja perante o Poder Público em causas tributárias. Inexistem segmentos de defensoria pública ou advogados de contribuinte para tanto.

No direito processual, isso significa o progressivo abandono das garantias dos indivíduos em favor do atendimento de conveniências estatais, quase sempre com o sacrifício da liberdade ou do patrimônio das pessoas; tal se dá, por exemplo, quando se aceita, ainda que de forma inconsciente, que o desnível entre os indivíduos ou entre estes e a estrutura estatal se manifeste em acolhidas apriorísticas das postulações de uns, em detrimento das postulações dos outros³⁰.

Seria pertinente frisar que a isonomia processual é uma das pilastras do devido processo legal, ainda que no seu pólo passivo esteja a formidável figura do Poder Público, não sendo possível argumentar, diante da extensão dessa garantia constitucional, com a antiga proposição da hegemonia do interesse estatal diante do interesse particular ou privado³¹.

Mesmo visto como uma via adequada a equilibrar a falta de poder do indivíduo perante o Estado, o processo coletivo não se espalhou nos cômodos do direito tributário. Se de

³⁰ MAIA FILHO, Napoleão Nunes. A antiga e sempre atual questão da submissão do Poder Público à jurisdição. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 1, p. 150.

³¹ *Ibid.*, p. 159.

um lado, contribuintes organizados em associações ou entidades afeitas a seus interesses possuem, aparentemente, melhores meios de litigar em igualdade com o Poder Público através dessas instituições, aqueles que não se fazem representar “adequadamente”, sobretudo pessoas físicas e pequenos empresários, enfrentam barreiras de toda a sorte para fincar pé no processo. Para a maioria, contudo, rebater as pretensões tributárias das fazendas públicas nos tribunais ainda é um sonho impossível de realizar.

5.2.4 Efetivação dos direitos materiais

A efetivação dos direitos materiais pela via das ações coletivas é alcançada de maneira bastante curiosa, de duas formas: diretamente, pela realização do direito contido na sentença, que corrige o ilícito cometido; e indiretamente, pelo estímulo ao adimplemento voluntário das normas e pela afirmação na consciência de cada um que as infrações cometidas e os conseqüentes prejuízos, por mais irrisórios que sejam, deverão ser ressarcidos.

Este último aspecto, chamado pela doutrina norte-americana de desencorajamento (*deterrence*) da conduta antijurídica, é explicado por Antonio Gidi³²:

A existência das ações coletivas em um ordenamento, em verdade, possui o risco inerente de aumentar a litigiosidade da sociedade, uma vez que proporciona meios para a proteção de direitos de grupos de pessoas que, individualmente, não teriam condições de proteger judicialmente os seus direitos.

Todavia, se é verdade que, a curto prazo, a existência das ações coletivas aumenta a litigiosidade, abrindo as portas dos tribunais para a chamada litigiosidade contida, por outro lado, esse amplo acesso ao Judiciário é um estímulo ao cumprimento voluntário da lei e um desestímulo à prática da conduta que lesem grupos. Afinal, a economia processual não é um fim em si mesma e de se moldar às necessidades emergentes da sociedade em um determinado momento histórico.

A simples possibilidade da tutela coletiva, e da conseqüente responsabilidade civil em massa, faz com que potenciais infratores se sintam desencorajados de praticar condutas ilícitas coletivas e resistam à tentação de obter lucros fáceis em detrimento de direitos e interesses de uma coletividade que, de outra forma, estaria completamente indefesa e vulnerável.

Pode-se imaginar o poder de coerção social que tal instrumento teria entre os gestores públicos na seara tributária acaso mirassem uma reação processual coordenada dos contribuintes às eventuais ilegalidades na exação e cobrança de tributos.

³² GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 37.

6 AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

SUMÁRIO: 6.1 Tutela coletiva de direitos tributários; 6.2 Ministério Público e ação civil pública; 6.3 Ação civil pública em matéria tributária; 6.4 Controle concentrado de constitucionalidade de leis tributárias municipais; 6.5 Natureza jurídica dos direitos tributários.

6.1 Tutela coletiva de direitos tributários

Falar em processo coletivo no Brasil é fazer remissão à Constituição Federal, cujo texto elevou à condição de direitos e garantias fundamentais (Título II), também os denominados direitos e deveres coletivos (Capítulo I do Título II), que, submetidos que estão ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, também prestigiado pela Carta, sempre que opostos ou em conflito com outros interesses ou direitos, devem ser apreciados pela Justiça, por meio do devido processo legal.

A tutela dos direitos coletivos, cujas premissas básicas de funcionamento envolvem critérios procedimentais específicos para averiguar a legitimação para agir e estender a coisa julgada para além das partes que se fizeram ouvir de fato no processo, é viabilizada no Brasil por uma série de leis processuais esparsas (já referidas no breve histórico das ações coletivas no país), e pela própria Constituição Federal (ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de constitucionalidade, mandado de segurança coletivo etc.).

Nem todas, obviamente, prestam-se à tutela de direitos tributários. Aliás, o enquadramento das pretensões de defesa tributária no sistema processual coletivo brasileiro é bem restrito. Aparentemente, apenas três tipos de ações podem apreciar causas dessa natureza: o controle concentrado de constitucionalidade, o mandado de segurança coletivo e a ação civil pública.

O mandado de segurança coletivo, tal qual o mandado de segurança singular, objetiva tutelar as situações previstas no art. 5º, inc. LXIX do texto constitucional, nos seguintes termos¹:

LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou

¹ Quanto à legitimidade para a propositura desse writ, define-a o próxima alínea desse mesmo art. 5º: “LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Vê-se que seu objeto é bastante restrito, “direito líquido e certo ...”, o que exige, na concepção forte da jurisprudência majoritária, prova pré-constituída daquilo que se deseja impugnar em juízo, o que, por si só, não viabiliza discussões mais aprofundadas de mérito (aliás, é bom registrar que o próprio conceito de mandado de segurança o coloca como uma ação civil de rito sumariíssimo). E encontrar causas tributárias com grau mínimo de complexidade não é tarefa fácil.

As ações de controle de constitucionalidade, ainda que possam ser tidas como variantes do processo civil coletivo, tem natureza constitucional elevadíssima e o seu “filtro” de cabimento envolve uma legitimação bastante restritiva². Ademais, somente causas constitucionais podem ser intentadas nessa via, o que afasta o controle de qualquer ação estatal que não confronte diretamente, o texto constitucional, ou, em alguns casos, o texto das constituições estaduais. Isso sem contar a grande lacuna do Texto Maior, no que se refere ao controle de constitucionalidade de leis municipais³, problema que, na seara tributária, deixa frustradas milhares de pretensões, porque, num país de mais de cinco mil municípios, é incomensurável o número de leis exacionais sem conformidade com a Constituição Federal.

Sobraria, nesses casos, a utilização da ação civil pública⁴ para a defesa de direitos tributários metaindividuais. E isso chegou a acontecer, sem, contudo, viabilizar a introdução de ações de classe para a tutela desses objetos no Brasil.

6.2 Ministério Público e ação civil pública

Vários autores, principalmente, claro, os próprios membros do Ministério Público, vislumbram a instituição como vetor fundamental de acesso à justiça, e formulam teorias bem

² BRASIL, Constituição Federal. Art. 103: “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

³ Analisado com mais profundidade adiante.

⁴ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva? In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública** – Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 447-448, registra que adjetivação “civil pública”, hoje em dia, nada mais representa, visto que não indica o direito material que se tutela, nem tampouco quem ajuíza a demanda coletiva. O que demonstra a impropriedade de se adjetivar o instituto da ação, como faziam os antigos processualistas, os imanentistas. Pergunta o autor: “O que se tutela através da ação civil pública? Essa é a questão essencial, essa é a questão de fundo, é o que realmente importa para diferenciá-la das demandas de tutela de interesses individuais”.

sedimentadas sobre o papel que entendem caber ao *parquet* no tocante à defesa dos direitos individuais homogêneos⁵.

A utilização da ação civil pública⁶ para a tutela de direitos patrimoniais tributários é uma história que se confunde bastante com a posição institucional do Ministério Público no direito brasileiro e com a reintrodução e o reforço paulatinos do *parquet* no cenário político, já nos anos finais da época da ditadura militar, antes do advento da Constituição Federal de 1988. Confunde-se, também, com o assentamento normativo da defesa dos interesses difusos e coletivos. Isso porque sua (re)institucionalização foi bastante marcada pelas discussões que cercaram a aprovação do texto da Lei de Ação Civil Pública, no ano de 1985.

No final dos anos 70, os estudos realizados no Projeto de Florença, divulgados no mundo inteiro pelas obras de Mauro Cappelletti, influenciaram vários estudiosos brasileiros que se detinham sobre o tema da instrumentação processual dos interesses coletivos. No “Acesso à Justiça”, os autores já esboçavam preocupação com as estruturas governamentais utilizadas para a representação dos direitos coletivos, que segundo eles, era opção fruto “da relutância tradicional em dar-se legitimação a indivíduos ou grupos para atuarem em defesa desses interesses”⁷. Dentre essas estruturas, caracterizadas como “ação governamental”, incluíam o Ministério Público, tido como instituição inadequada para titularizar as lides coletivas por conta do apego às formas tradicionais e individualistas de processo⁸ e, também, pela passividade com que enfrentavam as lides.

Essa cautela chegou ao Brasil de forma redobrada, pois, àquela época, o status do Ministério Público era de grande vinculação ao Poder Executivo, e, sobretudo, não era

⁵ Nesse sentido, dentre várias obras: ALMEIDA, Renato Franco de. O *parquet* na defesa dos direitos individuais homogêneos. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 790, p. 114-125, ago. 2001. LEYSER, Maria Fátima V. R. Ação coletiva. Direitos individuais homogêneos. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 96, p. 217-224. GOUVÊA, Marcos Antonio Maselli de Pinheiro. A legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 11, p. 199-233. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁶ Quanto à natureza jurídica da ACP, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 755, afirma: “A ação civil pública não é pública porque o Ministério Público pode promovê-la, a par de outros co-legitimados, mas sim porque ela apresenta um largo espectro social de atuação, permitindo o acesso à justiça de certos interesses metaindividuais que, de outra forma, permaneceriam num certo limbo jurídico”.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988. p. 51.

⁸ Cf. CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Ação civil pública**. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 61, vários autores italianos, como Vincenzo Vigoritti, na obra “Interessi collettivi e proceso”, de 1979, e Eduardo Grasso, no artigo “Gli interessi della collettività e l’azione collettiva”, de 1983, comungavam da mesma opinião. As críticas devem ser vislumbradas, sempre, sob o contexto histórico em que foram publicadas, já que àquela época, a tutela de direitos coletivos, de modo geral, apenas se iniciava em grande parte do mundo, o que causava nos órgãos institucionais, inclusive nos próprios Ministérios Públicos, deslumbramento e reticência.

independente, o que dificultava a introdução de procedimentos que, na maioria das vezes, seriam manejados contra o próprio governo.

Estudos de então refletiam esse panorama: Ronaldo Cunha Campos, em conciso e profundo trabalho, concluiu, antes da Constituição de 1988 – antes mesmo da própria Lei de Ação Civil Pública – que o titular da (futura) ação civil pública seria o *parquet*, todavia, seriam necessárias alterações estruturais na instituição, de sorte a assegurar sua independência, visando sua melhora na posição de titular do novo instituto normativo⁹.

Um artigo de Mauro Cappelletti, publicado no Brasil em 1977¹⁰, catalisou as discussões sobre como se deveria moldar a representatividade nas ações coletivas brasileiras. Baseado em estudos provenientes de vários países do mundo, o catedrático italiano condensou-os em comparativo de larga escala em que identificou duas linhas básicas de insuficiência de soluções sobre a legitimidade para intentar ações coletivas.

A primeira era a que se referia pessoalmente ao próprio indivíduo lesado, pois que não demonstraria arregimentar condições mínimas para posicionar-se processualmente frente àqueles que causassem violações em massa. Isso porque o dano individualmente considerado sequer encorajaria enfrentamentos com adversários potencialmente mais fortes:

O consumidor isolado, sozinho, não age; se o faz, é um herói; no entanto, se é legitimado a agir não meramente para si, mas pelo grupo inteiro do qual é membro, tal herói será subtraído ao ridículo destino de Dom Quixote, em vã e patética luta contra os moinhos de vento¹¹.

A segunda, a que legitimava o Ministério Público. Nessa, identificou inúmeras deficiências do *parquet*, que, em suas palavras, beiravam à incompatibilidade da instituição com a defesa dos interesses difusos e coletivos.

Apontou-as: a) o MP estaria sempre muito ligado ao Poder Executivo; b) a hierarquia dentro da instituição só possibilitaria alçar postos de comando quando se fosse “velho”, após vários anos de isolamento na “categoria social” dos promotores; c) o fato, que caracterizou como muito importante, da falta de especialização de seus membros, que só entenderiam bem um único assunto, o direito, enquanto a representação em juízo dos “novos direitos” exigiria conhecimentos muito especializados em matérias bastante amplas e distintas como contabilidade, urbanismo, ecologia, química etc.¹² Em suma, o Ministério Público

⁹ *Ibid.*, p. 110.

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 5, p. 128-159.

¹¹ *Ibid.*, p. 137.

¹² *Ibid.*, p. 136-139. No mesmo artigo, o autor aponta soluções mais eficazes de representação nas ações coletivas, oriundas de investigações do direito comparado, dentre as quais: a) órgãos públicos análogos ao MP,

estaria afeito às causas tradicionais dos direitos penal e civil e, como todo órgão da burocracia estatal, teria problemas severos de agilidade e flexibilidade institucional para lidar com causas que se demonstravam, já àquela época, cada vez mais complexas.

No Brasil, para neutralizar o problema, nas discussões acadêmicas que se travaram na esteira das “ondas renovatórias do processo” que aqui aportavam, alguns juristas pugnaram pela ampla abertura da titularização processual dos interesses difusos e coletivos.¹³

A Lei federal nº 6.938, de 2 de setembro de 1981 – que dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, inovando ao prever a tutela de um direito difuso – contudo, monopolizou a legitimidade da ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente nas mãos do Ministério Público da União e dos Estados (art. 14, § 1º, in fine).

Dois meses depois, a Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981 – estabelece normas gerais a serem adotadas na organização dos *parquets* estaduais – definia como função institucional do Ministério Público “promover a ação civil pública, nos termos da lei” (art. 3º, III)¹⁴.

A legitimação da tutela coletiva começava a concentrar-se fortemente nas mãos do Ministério Público.

Já nos primeiros anos da década de 80, um grupo de juristas capitaneados pela comissão composta por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Jr., elaborou e discutiu anteprojeto de lei relativo à proteção de interesses difusos, que viria a tornar-se o Projeto de Lei nº 3.034/1984, do Deputado Federal Flávio Bierrenbach, para disciplinar as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, previstas na Lei nº 6.938 ou a valores artísticos, estéticos, históricos e paisagísticos.

Na justificativa desse projeto de lei encontra-se assentado a inspiração para a maior abertura dos legitimados à ação:

Buscaram-se na experiência estrangeira alguns parâmetros para a legitimação das associações às ações cíveis: assim se fez com o conceito de “representatividade adequada” das “class actions” do direito norte-americano, atribuindo uma certa dose de discricionariedade ao juiz (*Federal Rules of Civil Procedure* de 1966, nº 23), mas fixando na disciplina legislativa as condições para avaliá-las. Desse modo, acompanhando o modelo

mas altamente especializados para a tutela de interesses coletivos (cita exemplos provenientes de vários países); b) extensão da legitimação aos sujeitos privados – indivíduos ou associações – mesmo que não diretamente afetados; c) extensão dos poderes do juiz.

¹³ Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira à frente.

¹⁴ A denominação “pública” evidencia que a titularidade é negada a sujeitos privados.

francês da Lei Royer, de 27-12-1973, a seriedade das associações é medida por sua existência jurídica há pelo menos seis meses e por seus objetivos institucionais [...] ¹⁵.

O Ministério Público do Estado de São Paulo, baseando-se nesse mesmo projeto de lei, desenvolveu seu próprio anteprojeto, posteriormente encaminhado via Ministério da Justiça ao Legislativo federal, onde se transformou no Projeto de Lei nº 4.984/1985. A proposta visava reforçar ainda mais os poderes do MP, pois, ao passo que suprimia a legitimação dos entes políticos, assim como de suas autarquias e fundações, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, introduzia o poderosíssimo instrumento do inquérito civil.

Houve um intrincado jogo político nos bastidores da promulgação daquilo que viria a ser a Lei de Ação Civil Pública: de um lado, o *lobby* poderoso do *parquet* paulista trabalhava firme para manter posição privilegiada em relação a todos os demais legitimados à defesa dos interesses difusos e coletivos; de outro, os autores do projeto original debatiam-se contra o que vislumbravam demasiadamente perigoso no texto da lei, a possibilidade de o MP arquivar autos de inquérito civil ou peças informativas caso se convencesse da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil (PL 4.984/1985, art. 9º) ¹⁶.

Como àquela época o Ministério Público ainda era vinculado ao Poder Executivo, havia a preocupação de que as ações intentadas contra o governo pudessem vir a ser obstruídas pela instituição, o que, na prática, deixava os demais legitimados à mercê da iniciativa e da boa vontade dos membros do Ministério Público.

Mesmo assim, a proposta do *parquet* paulista foi aprovada e promulgada ¹⁷, ainda que com alguns vetos. Pior: a verificação, pelo juiz, da “representatividade adequada”, não foi implementada no direito brasileiro, afastando, mais uma vez, uma das idéias centrais de Cappelletti e dos processualistas modernos, que vislumbravam para os membros da magistratura, posições mais ativas no processo e não de meros espectadores.

A posição diferenciada a que foi alçado o Ministério Público, principalmente pela Lei de Ação Civil Pública, e logo após, pela Constituição Federal, não passou despercebida

¹⁵ BRASIL, Projeto de Lei n. 3.034, de 1984. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **Ação civil pública** – Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 859.

¹⁶ Cf. ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: EDUC, Fapesp, Editora Sumaré, 2002. p. 51-76, que analisa todo o contexto histórico da aprovação da LACP e os reflexos na reconstrução institucional do MP no pós-ditadura.

¹⁷ Ada Pellegrini Grinover, em entrevista concedida a Rogério Arantes em 25/11/1999, lamentou: “[...] o Ministério Público é muito importante nessa atuação por enquanto, mas eu gostaria de uma sociedade civil que não precisasse de tutela e usasse mais sua legitimação para ação civil, e aí não é mais pública porque a associação é parte privada.”. ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: EDUC, Fapesp, Editora Sumaré, 2002. p. 67.

pela doutrina, que retratou a situação como a comprovação de estar o Ministério Público “escrevendo uma página memorável na defesa desses interesses, constituindo, assim, o agente por excelência para postular em juízo os direitos transindividuais, de modo a concretizar, para o homem comum, as garantias abstratamente asseguradas pela lei”¹⁸.

O texto original da LACP previa a tutela de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, o que levou o Poder Executivo a vetar as seguintes expressões, esparsas no texto da lei: ementa, “como a qualquer outro interesse difuso”; art. 1º, IV, “a qualquer outro interesse difuso”; art. 4º, “ou a qualquer outro interesse difuso”; e, art. 5º, II, “ou a qualquer outro interesse difuso”. Dispunha a mensagem de veto¹⁹:

As razões de interesse público dizem respeito precipuamente à insegurança jurídica, em detrimento do bem comum, que decorre da amplíssima e imprecisa abrangência da expressão "qualquer outro interesse difuso". A amplitude de que se revestem as expressões ora vetadas do Projeto mostra-se, no presente momento de nossa experiência jurídica, inconveniente. É preciso que a questão dos interesses difusos, de inegável relevância social, mereça, ainda, maior reflexão e análise. Trata-se de instituto cujos pressupostos conceituais derivam de um processo de elaboração doutrinária, a recomendar, com a publicação desta Lei, discussão abrangente em todas as esferas de nossa vida social. É importante, neste momento, que, em relação à defesa e preservação dos direitos dos consumidores, assim como do patrimônio ecológico, natural e cultural do País, a tutela jurisdicional dos interesses difusos deixe de ser uma questão meramente acadêmica para converter-se em realidade jurídico-positiva, de verdadeiro alcance e conteúdo sociais. Eventuais hipóteses rebeldes à previsão do legislador, mas ditadas pela complexidade da vida social, merecerão a oportuna disciplinação legislativa. Estas as razões de interesse público que me levaram ao veto parcial e que ora tenho a honra de submeter a elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

O que não tardaria a mudar, fortificando ainda mais o aparato de legitimação do Ministério Público no processo coletivo, pois, com a chegada da nova ordem democrática, a nascente Constituição Federal parametrizou a atuação do órgão de maneira ampla, nesses termos:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Amparado em regra tão ampla, não tardou aos seus membros intentar várias ações civis públicas em defesa de direitos de contribuintes lesados em todos os cantos do país, sob a premissa de que tais interesses seriam indisponíveis, posto se originarem de uma relação jurídica de direito público.

¹⁸ MILARÉ, Édis. **A ação civil pública na nova ordem constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 20.

Em 1990, a promulgação do Código de Defesa do Consumidor viria a trazer mais elementos sobre a questão, desta vez de ordem técnica, ao distinguir os direitos metaindividuais em três categorias: difusos, coletivos, e individuais homogêneos. Segundo o art. 81 do CDC, a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas pode ser exercida em juízo a título coletivo quando se tratar de interesses ou direitos: (a) difusos, assim entendidos, “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”; (b) coletivos, assim entendidos “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”; e os individuais homogêneos, assim entendidos “os decorrentes de origem comum”.

Mais uma vez funciona o poder de veto executivo ao barrar, integralmente o texto do art. 89 deste código, “As normas deste Título aplicam-se, no que for cabível, a outros direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, tratados coletivamente”²⁰:

A extensão das normas específicas destinadas à proteção dos direitos do consumidor a outras situações excede dos objetivos propostos no código, alcançando outras relações jurídicas não identificadas precisamente e que reclamam regulação própria e adequada. Nos termos do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, deve o legislador limitar-se a elaborar Código de Defesa do Consumidor.

6.3 Ação civil pública em matéria tributária

Até meados da década de 90, verificava-se na doutrina brasileira certa unanimidade a respeito da aceitação da ação civil pública como meio de instrumentalizar a defesa do contribuinte perante o Poder Público. Apanhado feito por João Batista de Almeida indicou vários autores que pregaram essa orientação, dentre eles: Rosa e Nelson Nery Jr., Antônio de Souza Prudente, Kazuo Watanabe, Rodolfo de Camargo Mancuso, Hugo Nigro Mazzilli, Washington Araújo Carigé e Paulo Valério Dal Pai Moraes²¹.

Várias posições doutrinárias que representavam os mais diferentes raciocínios jurídicos de modo a abrir caminho para a utilização da via processual da ação civil pública em matéria tributária atraíram levas de estudiosos.

De um modo geral, assim como na recepção às ações coletivas no Brasil, o enfrentamento do problema pertinente ao processo tributário coletivo foi marcado

¹⁹ BRASIL, Presidência da República. Mensagem n. 359, de 24 de julho de 1985.

²⁰ BRASIL, Presidência da República. Mensagem n. 664, de 11 de setembro de 1990.

²¹ ALMEIDA, João Batista de. Ação civil pública em matéria tributária: reflexões sobre a posição do STF.

severamente pela educação sedimentada dos juristas em sistemas jurídicos dogmáticos e ortodoxos, aos quais grande parte da doutrina e da jurisprudência nacional ainda hoje rende homenagens ideológicas.

A utilização da ação civil pública como meio de veicular pretensões tributárias foi bastante discutida, antes e depois da restrição da jurisprudência e da lei²², conforme relatos doutrinários analisados a seguir.

Welber Barral assentou posição pelo cabimento da ação civil pública em matéria tributária afirmando que a economia local de determinado território ou espaço ocupado por cidadãos-contribuintes deve ser compreendido como um interesse difuso, o que, por si só, já seria suficiente para legitimar a titularidade da ação pelo Ministério Público. Segundo o autor²³:

Nem poderia ser de outra forma, pois é perceptível, na configuração sócio-institucional contemporânea, a mescla de interesses entre o Ministério Público e a população local. Inconcebível, a partir daí, imaginar-se que poderia seu representante permanecer inerte face à violação de interesses de toda a comunidade. A tese da vinculação iniludível entre economia local e interesse de seus representantes institucionais se efetivou na doutrina, popularizada nos países da *common law*, do *parens patriae* (tutor da comunidade), e que será mencionada, à guisa de comparação. Segundo esta doutrina, as entidades públicas agem como gestores e co-responsáveis pela economia local, responsabilidade esta derivada de seu interesse natural no bem-estar da comunidade.

A tese, entretanto, esbarra em dois óbices de difícil superação na realidade brasileira, a de que os direitos tributários são “direitos difusos” (o que, aliás, para a maioria da doutrina, é uma concepção tecnicamente errônea e desvinculada do raciocínio jurídico brasileiro, firme em ter os direitos tributários como homogêneos e disponíveis pelo seu titular), e a absorção da figura do *parens patriae*²⁴ de maneira amplíssima, também rechaçada pelos estudiosos, que admitem claros limites à atuação do Ministério Público, calcados até em interpretação do seu papel constitucional.

Renata Marques Ferreira, em extenso artigo, defendeu o manejo da ação civil pública em defesa dos habitantes das cidades em face do sistema constitucional tributário, e,

Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. n. 3. p. 42.

²² Analisados mais adiante.

²³ BARRAL, Welber. Notas sobre a ação civil pública em matéria tributária. **Revista de Processo.** São Paulo, n. 80, p. 153.

²⁴ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos:** as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 125, explica o significado do termo: “[...] Trata-se do *parens patriae doctrine* (literalmente, “teoria do pai da pátria”), de origem inglesa, através da qual o Estado tem o dever de zelar pelo bem-estar de seus cidadãos em questões de interesse social, como saúde, economia e bem-estar do povo. Sua interpretação contemporânea dá legitimidade ao Estado para propor ações judiciais em tutela de tais direitos”, mas ressalta que mesmo nos tribunais norte-americanos, são bastante limitadas as possibilidades de amparar-se nesse tipo de legitimação.

para tanto, estrutura seu pensamento na inovadora²⁵ construção da tributação ambiental.

Desenvolveu intrincado raciocínio, amparado nas idéias de Celso Antonio Pacheco Fiorillo, segundo o qual, com a promulgação da Lei federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada “Estatuto da Cidade”, o IPTU teria assumido postura de um típico tributo ambiental, cuja regra-matriz seria a viabilização das funções sociais da cidade em atenção às necessidades vitais das pessoas que nela residem²⁶.

Se de um lado abre brechas para uma tutela específica para determinadas situações, que é um dos escopos do desenvolvimento do direito processual recente, por outro, ancora a razão para tanto na tributação ambiental, deixando de fora vários aspectos da tributação em nível local (municipal) que escapariam deste tipo de tutela. Como conceber razão jurídica para que a população possa servir-se do processo coletivo para rechaçar uma cobrança de IPTU, e não possa fazer o mesmo para a cobrança da taxa de coleta de lixo ou da contribuição para o custeio da iluminação pública, se todas são espécies tributárias de natureza bastante assemelhada.

O intuito do cidadão, ao repudiar no processo uma cobrança ilegal de IPTU é preservar seu patrimônio contra um ataque ilegal do Poder Público ou preservar o meio-ambiente urbano? Vê-se que a proposta escora-se mais na análise do motivo da lide do que no seu objeto, o que não se coaduna com a técnica processual.

Hugo de Brito Machado, em artigo, dispôs-se a analisar a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em matéria tributária, e o fez sob um duplo aspecto: primeiro, quanto à legitimidade para afastar a exigência de um tributo que o *parquet* repute fundado em lei inconstitucional; segundo, no tocante às situações que entendo cabível a ação civil pública para compelir a autoridade administrativa a exigir tributo diante de fato que ela entenda não ser o tributo devido, mas tal entendimento pode ser seriamente questionado. Dentre suas conclusões, ressaltou que²⁷:

[...] O Ministério Público está, todavia, legitimado para a defesa dos direitos individuais homogêneos que tenham duas características, a saber: a) sejam, em sua globalidade, de grande expressão coletiva, e b) em suas quotas, ou parcelas, individualizadas ou individualizáveis, sejam de valor econômico não significativo. Não, porém, para a defesa daqueles direitos cujas parcelas individualizadas, ou individualizáveis, sejam de porte

²⁵ Idéias compartilhadas, posteriormente, em obra da autora com o professor Celso Antonio Pacheco Fiorillo: “Direito ambiental tributário. São Paulo: Saraiva, 2005. 155 p.”, e que, de maneira geral, hoje é disseminada entre os estudiosos do tema.

²⁶ FERREIRA, Renata Marques. Ação civil pública em defesa dos habitantes das cidades em face do sistema constitucional tributário. **Revista Brasileira de Direito Ambiental**. São Paulo, n. 2, p. 164.

²⁷ MACHADO, Hugo de Brito. Ministério Público e ação civil pública em matéria tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 52, p. 90.

econômico capaz de estimular a defesa, individualmente, por seus titulares. Ainda que tenha grande expressão coletiva.

Quanto ao primeiro aspecto, não há inovação, pois farta doutrina e jurisprudência discorrem sobre o uso da ACP contra lei inconstitucional em tese; já sobre o segundo aspecto, pela complexidade do objeto de análise, é pouco atraente aos estudiosos, principalmente no seio da sociedade brasileira, que pelas peculiaridades evidentes em termo de tributação (alta carga tributária, emaranhado de normas de três esferas administrativas distintas, excessivo número de leis etc.), clama pouco pela defesa privada do erário público, já tido como excessivamente protegido e voraz. Entretanto, ver-se-á mais adiante, que parte dessa segunda conclusão de Machado pode realmente abrir portas para a inclusão da tutela coletiva de direitos tributários no direito processual brasileiro, pois o único meio de viabilizar contendas de valor individual ínfimo realmente é através da tutela coletiva, idéia que é uma das razões de ser das *class actions*.

No mesmo caminho de Freire Jr. há, ainda, aqueles autores que identificam o interesse patrimonial de origem tributária como sendo “interesse social” a viabilizar sempre o caminho da tutela coletiva sob o manto da LACP²⁸. Argumento esse expendido por Hugo Mazzilli, para quem a aferição da legitimidade do *parquet* na tutela coletiva, deve levar em conta critérios como: a natureza do dano (saúde, segurança e educação públicas); a dispersão dos lesados (a abrangência social do dano, sob aspecto dos sujeitos atingidos); e o interesse social no funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico, em que encaixa as questões tributárias²⁹.

Já adentrando a análise de quais tipos de interesse social podem estar revestidos em causas tributárias, Alexander Souza exemplifica, em várias hipóteses, poder-se identificar interesse social relevante a legitimar a atuação do Ministério Público, pois alguns tributos podem assumir caráter de lesão a direitos supraindividuais e, de acordo com a LC nº 75/93, art. 5º, II, caberia ao *parquet* zelar pela observância de princípios constitucionais, onde estariam acomodados os direitos dos contribuintes³⁰.

Em rumo contrário, uma das críticas mais contundentes à utilização da ACP em

²⁸ Como exemplo, MARTINS, Angela Taques. Ação civil pública e ação popular em matéria tributária. In: MARINS, James; MARINS, Gláucia Vieira. (Coords.). **Processo tributário: administrativo e judicial**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 494.

²⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 98.

³⁰ SOUZA, Alexander Araújo de. O Ministério Público, a ação civil pública e a possibilidade, nesta sede, de controle incidental de constitucionalidade: uma trilogia democrática. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 369, p. 16-17.

matéria tributária foi redigida por Arnaldo Wald, que balizou suas idéias em argumentação expendida por Sepúlveda Pertence, e, também, pelo ex-ministro do STF, Francisco Rezek, que não admitiam a ação civil pública sem que fosse embasada em norma expressa de direito material³¹.

Humberto Theodoro Jr. foi ainda mais rigoroso quanto à utilização do instituto da ACP, não a admitindo nem quando o objeto a ser tutelado seria o interesse do cidadão ao zelo da Administração Tributária quanto aos créditos a receber de seus devedores. Para ela, quanto à política de reduzir o montante exigível a título de certo tributo, não pode evidentemente ser censurada ou analisada na via especial da ACP, ao simples argumento de que tal diminuição implicaria prejuízo para o patrimônio público, porque “íntegra, portanto, a política tributária o mérito da função conferida à Administração Pública e como tal não está sujeito à intromissão do Poder Judiciário e menos ainda do MP”³².

Quando chegou ao Superior Tribunal de Justiça³³, a questão não foi bem digerida. Para a Corte, o objeto das ações coletivas em matéria tributária não se revestia de relevância social a viabilizar a presença do Ministério Público como legitimado à intentar a ACP, e, pior, tratando-se de análise das questões constitucionais levadas a juízo, a sentença porventura exarada numa ação coletiva que declarasse a inconstitucionalidade de lei instituidora de tributos deformaria o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, porque

³¹ WALD, Arnaldo. Usos e abusos da ação civil pública: análise de sua patologia. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 329, p. 3-16, jan./mar. 1995, afirma: “Concluimos pois, que a regulamentação processual da ACP não é auto-alimentável. Trata-se da criação e consagração de um instrumento processual da ordem jurídica, na qual o adjetivo, por mais importante que seja, não pode prescindir do substantivo. Nesse sentido, o pronunciamento do então Procurador Geral e hoje Ministro do STF, Sepúlveda Pertence, no CA n. 35, quando afirma: ‘Não basta o equipamento processual para viabilizar a proteção daqueles interesses sociais que, sem lei que os converta em direitos coletivos, o juiz entenda merecedores de proteção, ou, o que é pior, contra a lei que os proteja em determinada medida’. No mencionado caso (CA n. 35), [...] o eminente Min. Francisco Rezek teve o ensejo de salientar que não admitia ação civil pública sem que fosse embasada em norma expressa de direito material.”

³² THEODORO JR., Humberto. Algumas observações sobre a ação civil pública e outras ações coletivas. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, n. 9, p. 150.

³³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 97.455/SP. Rel. Min. Demócrito Reinaldo. 1ª Turma. DJ 10.33.1997. “[...] I. O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) não tem legitimidade ativa para ingressar com ação civil pública de responsabilidade civil, por danos provocados a interesses individuais homogêneos, contra a União Federal, objetivando obrigar a esta indenizar todos os contribuintes do empréstimo compulsório sobre combustíveis, instituído pelo DEL 2.288/1986. II. Os interesses e direitos individuais homogêneos somente hão de ser tutelados pela via da ação coletiva, na hipótese em que os seus titulares sofrerem danos como consumidores. [...]”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 113.326/MS. Rel. p/ acórdão Min. Ari Pargendler. 2ª Turma. DJ 17.11.1997. “A ação civil pública não pode ser utilizada para evitar o pagamento de tributos, porque, nesse caso, funcionaria como verdadeira ação direta de inconstitucionalidade; ademais, o beneficiário não seria o consumidor, e sim o contribuinte. Categorias afins, mas distintas. [...]”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 115.500/PR. Rel. Min. Hélio Mosimann. 2ª Turma. DJ 3.8.1998. “[...] Não tem o Ministério Público legitimidade ativa, para promover ação civil pública em matéria tributária, assumindo a defesa dos interesses do contribuinte, já que o beneficiário, em última análise, não seria o consumidor. Consumidor e contribuinte não se equivalem, estando o Ministério Público expressamente autorizado a promover a defesa dos direitos do consumidor”.

vilipendiária a posição do STF como guardião supremo da Constituição.

Coube ao Supremo Tribunal definir a questão, firmando um famoso *leading case* no julgamento realizado em 9 de dezembro de 1999, quando o Plenário da Corte resolveu³⁴:

Constitucional. Ação civil pública. Impostos: IPTU. Ministério Público: legitimidade. Lei 7.374, de 1985, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078, de 1990 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. C.F., artigos 127 e 129, III. I. A ação civil pública presta-se a defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. Lei 7.374/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. II. Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se a defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa. C.F., art. 127, caput, e art. 129, III. III. O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto – no caso o IPTU – pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo (Lei 7.374/85, art. 1º, II, art. 21, redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625/93, art. 25, IV; C.F., art. 129, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com "interesses sociais e individuais indisponíveis." (C.F., art. 127, caput). IV. – R.E. não conhecido.

Por mais densos que sejam os argumentos pela efetivação dos poderes do Ministério Público na defesa dos contribuintes, não se pode deixar de observar que os direitos dos contribuintes – até por conta da parca legislação existente que regule a matéria –, são por demais principiológicos, materiais, o que traz dificuldades para o aplicador, principalmente para os juízes e tribunais, em aceitar que procedimentos como aqueles derivados da ação civil pública possam ser livremente utilizados na seara tributária.

Evidentemente houve um retrocesso na tutela dos direitos dos contribuintes com a consolidação da jurisprudência restritiva e, posteriormente com a vedação explícita da legislação ao uso da ACP para a tutela de direitos dessa natureza. Faz parte do jogo político as idas e vindas da legislação, o fluxo e o contrafluxo ideológicos, a maior ou menor proteção que certos direitos contam em determinados governos, mesmo que em épocas diferentes dentro de um mesmo Estado, dentro de um mesmo sistema jurídico³⁵.

³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 195056/PR. Rel. Min.: Carlos Velloso. Pleno. DJ 30.5.2003.

³⁵ Cf. FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade. Trad. de Daniel Porto G. da Silva; Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 248, afirma que nos Estados Unidos, por exemplo, o “fim social” das ações coletivas foi duramente combatido pelo Partido Republicano, visando enfraquecer a figura das *class actions*, que, na década de 60, havia sido robustecida pela atuação liberal da Suprema Corte. Segundo o autor: “nos anos 70 e 80, a direita passou a comandar a política e o direito norte-americanos e, nesse contexto, a *class action* tornou-se alvo freqüente das forças conservadoras”.

De certa maneira, o uso da ACP para a tutela de direitos individuais homogêneos foi “atropelada” pelas discussões travadas no STJ e no STF na década de 90, a respeito de assunto que só tocava aos direitos individuais homogêneos decorrentes de relações jurídicas tributárias, que era o controle de constitucionalidade de lei veiculado nessas ações.

Sem que houvesse tempo para que o legislador adequasse as normas procedimentais aos fatos que estavam chegando aos tribunais, a jurisprudência, bem mais veloz, tomou a dianteira e solucionou o problema imbuída da tradicional ideologia de preservação sistêmica do controle de constitucionalidade e da preservação da figura do STF no contexto judicial.

Em grande medida, a visão do Poder Judiciário também sofre influência da formação acadêmica de seus membros, afeitos, como quase todos os operadores jurídicos, conforme explanado, a concepções civilistas e individualistas do direito e, noutro turno, pelo distanciamento de interpretações instrumentalistas que, sobretudo, possibilitem a efetividade das tutelas e a realização dos direitos, calcada sobretudo no estudo da jurisdição constitucional, no processo como preservação da ordem constitucional e de seus ditames.

A solução dada pelo STF, entretanto, não passou incólume à crítica doutrinária, no que se refere à sua lógica intrínseca, pois, se a legitimidade do *parquet* só é reconhecida quando os direitos individuais homogêneos mostrarem-se indisponíveis, avulta uma contradição nos próprios termos, já que os direitos individuais homogêneos, por serem direitos patrimoniais, não poderiam ser considerados, rigorosamente, indisponíveis. Como são oriundos de crédito, são sempre renunciáveis³⁶.

Por outro lado, os tipos procedimentais específicos para certos tipos de interesse ou direito (consumidor) não podem ser transplantados para a solução de conflitos na área onde o interesse ostenta natureza diversa (contribuinte). Como salienta Humberto Theodoro Jr.³⁷:

Não basta, obviamente, a previsão da lei processual de existir uma certa ação e de o direito material proteger um certo interesse individual ou coletivo, para que o Judiciário tenha de acolher toda pretensão deduzida com fundamento no aludido direito subjetivo e com observância do rito da referida ação.

É preciso que o fato invocado como gerador do pretenso direito subjetivo corresponda, em tese, à tipicidade do direito material positivo e que o remédio processual seja adequado ao fim proposto.

³⁶ Cf. GOUVÊA, Marcos Antonio Maselli de Pinheiro. A legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 11, p. 208.

³⁷ THEODORO JR., Humberto. Algumas observações sobre a ação civil pública e outras ações coletivas. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, n. 9, p. 140.

Concomitantemente, o governo federal sacramentava o entendimento restritivo, editando a Medida Provisória nº 1.789/1999, (reeditada sucessivamente até a numeração definitiva 2.180-35/2001), um novo regramento que vedou, pura e simplesmente, o cabimento da ação civil pública, para a tutela de certos interesses, dentre eles, o que chamou de “pretensões que envolvam tributos”, adicionando à LACP, um parágrafo único, com a seguinte redação:

Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

Não foi suficiente para calar a doutrina, mas, na prática, morria ali o que se poderia chamar de *class action* tributária.

Em vários de seus escritos, João Batista de Almeida firmou posição pela legitimidade do Ministério Público no manejo da ação civil pública em defesa dos contribuintes³⁸. O autor, apesar de apontar o assunto como bastante controvertido, não hesitou apontar o caminho da aplicação da Lei de Ação Civil Pública como modo correto de interpretar a Constituição e efetivar os poderes do Ministério Público neste mister, apesar de tê-lo feito apoiando-se no espinhoso argumento da inconstitucionalidade de decisões do próprio Supremo Tribunal Federal. Chegou a asseverar, como diz o título de um de seus artigos, que a defesa do contribuinte seria sim uma função institucional do Ministério Público³⁹, derivada diretamente do texto da Lei Orgânica do Ministério Público da União⁴⁰. Na defesa de seus argumentos⁴¹, alega a inconstitucionalidade formal da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, que, por ter força de lei ordinária, não poderia ter revogado implicitamente a legitimidade do *parquet* para zelar pelos direitos do contribuinte, encartada na LC nº 75/1993, de hierarquia superior àquela⁴². Enxerga, também, várias inconstitucionalidades materiais no

³⁸ Cf. ALMEIDA, João Batista de. A defesa do contribuinte como função institucional do Ministério Público. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**. n. 7. 2003. p. 101-109. ALMEIDA, João Batista de. Ação civil pública em matéria tributária: reflexões sobre a posição do STF. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, n. 3. 2002. p. 41-47. ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 67-70.

³⁹ *Ibid.*, p. 101.

⁴⁰ BRASIL, Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993: “Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União: [...] omissis; II – zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos: a) ao sistema tributário, às limitações do poder de tributar, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e aos direitos do contribuinte”.

⁴¹ No mesmo sentido, e usando idêntica argumentação: MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**: administrativo e judicial. São Paulo: Dialética, 2003. p. 574-577.

⁴² Apesar de não se analisar mais profundamente a questão da hierarquia entre lei ordinária e lei complementar, a tese do autor, ou qualquer outra que a ela se assemelhe, não foi acatada nem pelo STJ, nem STF.

bojo da Medida Provisória, dentre elas, a de estabelecer restrições à atuação do Ministério Público⁴³.

Já Américo Freire Jr., para quem a MP 2.180-35 é inconstitucional porque “fere frontalmente o princípio da proporcionalidade, bem como o acesso à justiça, além de contribuir decisivamente para a proliferação de demandas repetidas que conspurcam a imagem do Poder Judiciário”, ao embasar seu pensamento, afirma que a origem dos direitos dos contribuintes é comum, oriunda da “norma inconstitucional”, no que merece remendo, porque prejuízos tributários de massa também podem se originar de meros erros administrativos, completamente desvinculados da análise da constitucionalidade da norma que deveriam respeitar. Questões legais, portanto.

Para ele, a atuação do Ministério Público só é justificada na ACP quando a lesão aos direitos individuais homogêneos tenha “relevância”, o que seria o caso da matéria tributária⁴⁴. Saída essa não muito apropriada, porque leva para a causa uma apreciação preliminar da própria relevância, deixando a cargo do magistrado, poderes plenos para rejeitar a ação, caso entenda não ser o pedido embutido no processo, “relevante”. Esse ponto, aliás, é discutido mais adiante como uma das mais fortes críticas da doutrina às propostas de código de processos coletivos hoje existentes no Brasil. Estudiosos como Elton Venturi propõem que o objeto das ações coletivas sejam determinados de maneira objetiva na lei, asseverando que a admissão da tutela opere-se de modo automático: qualificada a pretensão como coletiva *lato sensu*, presume-se sua relevância, sem maiores divagações⁴⁵.

José Bedaque critica o não reconhecimento da legitimidade do Ministério Público para se contrapor a cobranças de tributos baseados em norma inconstitucional, que irão afetar toda uma população. Segundo advoga, a possibilidade de levar ao Poder Judiciário esse interesse individual homogêneo dos contribuintes lesados caracteriza claramente um interesse social, não por conta do número de pessoas afetadas, mas pela natureza da situação⁴⁶.

Mesmo o Ministro do STF, Marco Aurélio, asseverou que o interesse social de uma ação civil pública questionadora de exações tributárias “salta aos olhos”, considerando-

⁴³ ALMEIDA, *op. cit.* p. 108.

⁴⁴ FREIRE JR., Américo Bedê. Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. (Coords.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 69.

⁴⁵ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 231.

⁴⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Legitimidade processual e legitimidade política. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 108.

se a globalidade dos contribuintes nela representados e a natureza eminentemente pública da relação jurídica tributária. Para o magistrado, o cidadão, antes de ajuizar qualquer ação, aquilata os aspectos positivos e negativos de sua iniciativa, levando em conta os aborrecimentos e as despesas que irá enfrentar. Contra o Poder Público, haja vista à imensa desvantagem de posições jurídicas e à disparidade de armas processuais e de defesa técnica, esperar que as pessoas simples do povo sintam-se dispostas a brigar por pouco dinheiro é simplesmente aceitar que não haverá, de fato, lides impugnando tributos ilegais ou inconstitucionais.

Relatou, com objetividade, a ideologia reinante do custo-benefício, na visão das Fazendas Públicas que, corriqueiramente, exacionam tributos calcados em normas sem a devida sustentação jurídica⁴⁷:

Chegou ao meu conhecimento que certa vez, discutindo-se a constitucionalidade, ou não, de um diploma que majorava ou introduzia tributo, indagou-se a percentagem, e seria essa a expressão, “a percentagem de inconstitucionalidade”, a qual estaria norteadas não pelo teor da norma em cotejo com a Carta da República, mas pelo número de cidadãos que, de regra, vêm, no acesso ao Judiciário, o exercício de um direito inerente à cidadania e formalizam a irresignação para vê-la apreciada pelo Judiciário.

Já Heloísa Mello vai bem mais além. Segundo ela, não é a natureza do direito que indica sua disponibilidade ou indisponibilidade, mas sim o tratamento coletivo que é dispensado à sua tutela: “os interesses, quando tratados coletivamente, sejam quais forem, perdem o caráter de disponibilidade, traço que somente os identificará em sua dimensão individual”⁴⁸. É a mesma idéia sufragada por Antonio Gidi, para quem⁴⁹:

[...] não é de ser excluída, *a priori*, a possibilidade de o Ministério Público propor uma ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos com o argumento falacioso de que a proteção ao direito patrimonial individual disponível não pode ser de interesse social. Isso porque, como vimos, os direitos individuais homogêneos globalmente considerados são indisponíveis pelo grupo de vítimas. Disponível é, apenas, cada um dos direitos isolada e individualmente considerados, por parte de seu titular individual, e não os direitos individuais homogêneos como um todo, coletivamente considerados.

E, de certa forma, por Alexandre Souza, para quem a relevância social da tutela coletiva reside concomitantemente na grande dispersão dos prejudicados e na insignificância da lesão na perspectiva individual⁵⁰, impossibilitando que a tutela individual, nessas

⁴⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 195.056-1. Min. Marco Aurélio. Voto vencido.

⁴⁸ MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A tutela dos interesses individuais homogêneos dos consumidores e a questão da legitimidade do Ministério Público. **Revista de Direito Renovar**. Rio de Janeiro, v. 8, p. 31.

⁴⁹ GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 50.

⁵⁰ SOUZA, Alexander Araújo de. O Ministério Público, a ação civil pública e a possibilidade, nesta sede, de controle incidental de constitucionalidade: uma trilogia democrática. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 369, p.

condições produza resultado útil.

Pensamentos que podem ser objetados pela argumentação de que o tratamento processual coletivo reservado aos direitos individuais homogêneos em juízo, em si, não os transforma de pronto em um interesse socialmente relevante. Há que se identificar o reflexo social da causa, dificuldade imanente a todos os conceitos de conteúdo não determinado, vagos⁵¹.

6.4 Controle concentrado de constitucionalidade de leis tributárias municipais

Um ponto que deve ser ressaltado como lacuna existente na tutela de direitos coletivos de natureza tributária diz respeito à inexistência de controle concentrado de constitucionalidade de normas municipais frente à Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 quebrou uma tradição ao mesmo tempo que inovava em âmbito mundial: elevou os municípios brasileiros à categoria de entes federados. Dentre vários problemas sistêmicos causados por essa novidade, uma resta não resolvida na seara do controle de constitucionalidade das leis, isto porque: 1º) o controle concentrado de lei ou ato normativo municipal em face da constituição estadual é competência do respectivo Tribunal de Justiça; e, 2º) o controle concentrado de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal inexistente; admitindo-se, nestes casos, apenas o controle difuso, exercido *incidenter tantum* por qualquer órgão jurisdicional – juiz ou tribunal.

Acontece que nas ações diretas de inconstitucionalidade, decorrem do provimento jurisdicional exarado, efeitos *erga omnes* decorrentes do simples trânsito em julgado da sentença. Casos em que o Senado Federal não é chamado a suspender a execução da lei impugnada, como exige a Constituição Federal para o controle difuso de constitucionalidade operado pelo STF⁵².

Então, se porventura um tribunal de justiça estadual declara a inconstitucionalidade de uma lei municipal em parâmetro à Constituição Federal, no bojo do controle concentrado de constitucionalidade, e se dessa decisão não se recorre (por meio de recurso extraordinário dirigido ao STF), o trânsito em julgado vincularia a própria Corte

14.

⁵¹ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Legitimidade processual e legitimidade política. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 108.

⁵² BRASIL, Constituição Federal. Art. 52: “Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Suprema, gerando uma anomalia sistêmica porque esse Tribunal, guardião máximo da Constituição, ver-se-ia impedido de examinar a questão, caso ela fosse ventilada em lides posteriores. Ou seja, o tribunal estadual vincularia o próprio STF à suas decisões.

É bem verdade que, num país com mais de cinco mil municípios, é impraticável levar ao conhecimento e solicitar decisão da instância máxima sobre a constitucionalidade das leis municipais. Para se ter uma idéia, apenas na seara tributária, mais de 226.000 normas foram criadas no país após a promulgação da Constituição Federal de 1988⁵³. Acaso houvesse tal possibilidade, o STF teria seu funcionamento inviabilizado. Por outro lado, essa situação desampara a posição jurídica do cidadão exatamente nos lugares onde ela mais se faz premente, no *locus* em que vive: as cidades.

Foi exatamente essa lacuna que levou o Ministério Público a identificar as necessidades locais de tutela do contribuinte perante o poder tributário local e esboçar toda uma estratégia de reação processual, tendo utilizado, para isso, como já visto, o procedimento definido na lei de ação civil pública. Mas, a jurisprudência brasileira pacificou-se em não aceitar a veiculação de pretensões tributárias que intentam declaração incidental de inconstitucionalidade de norma instituidora de exações (exatamente o grosso das questões levantadas pelo parquet nos litígios veiculados sob ACP). Para os tribunais, esses casos representam uma tentativa de ladear a ação direta de inconstitucionalidade.

O controle direto (abstrato) de constitucionalidade de normas encartadas em leis municipais só é previsto no ordenamento brasileiro quando se trata de afronta a texto de constituição estadual.

A posição da jurisprudência dominante, nesse tema, pode ser resumida na extensa ementa do Recurso Especial nº 883.690, lavrada no Superior Tribunal de Justiça⁵⁴:

Processual civil. Ação civil pública. IPTU. Taxa de limpeza, conservação de vias e logradouros e iluminação pública. Declaração de inconstitucionalidade de lei. Ministério público. Ilegitimidade ativa "ad causam". Precedentes. Processual civil. Ação civil pública. Termo de acordo de regime especial (TARE). Ilegitimidade ativa. Ministério público. Natureza tributária.

1. O Ministério Público não tem legitimidade para propor ação civil pública com objetivos tributários, escopo visado na demanda com pedido pressuposto de declaração de inconstitucionalidade de lei municipal que instituiu a cobrança de taxas de limpeza, conservação de vias e logradouros e iluminação pública, assumindo a defesa dos interesses do contribuinte. [...]. 2. A ação civil pública não pode ser utilizada como substituta da ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, nem mesmo para declaração incidental. 3. Deveras, a premissa do pedido do Ministério Público de que a cobrança de taxas municipais

⁵³ CORREIA, Leianne. Leis em excesso. **Diário de Pernambuco**. Recife, 18 de jan. 2006. p. B-2.

⁵⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 883.690/SP. Rel.: Min. Luiz Fux. 1ª Turma. DJ 22.10.2007.

e do IPTU, por via oblíqua, atinge os demais contribuintes, revelando interesses transindividuais violados, é exatamente a que inspirou o legislador a vetar a *legitimatío* do *Parquet* com alteração do parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, que o deslegitima a veicular "pretensões que envolvam tributos". (Art. 1º § único da Lei 7.347/85, com a redação dada pela Medida Provisória 2.180/2001) 4. Consectariamente, qualquer ação, ainda que não ostente tipicidade estrita tributária, mas que envolva "pretensão tributária", consoante dicção legal, torna interdita a *legitimatío ad causam* do Ministério Público. 5. Inequívoca natureza declaratória de inconstitucionalidade travestida em ação civil pública com contornos competências de legitimação e eficácia da coisa julgada incompatíveis com o modelo federal de controle concentrado dos atos do Poder Público. 6. Impossibilidade jurídica do pedido acrescida da carência acionária pela inadequação do meio que induz à extinção do processo. 7. Incabível a ação civil pública, cuja sentença tenha eficácia erga omnes, quando substitutivo da ação direta de inconstitucionalidade. [...].

Segundo Gilberto Schäfer, a jurisprudência é aceitável no que toca ao confronto de norma municipal com norma estadual, caso em que é possível a utilização de ADI estadual, mas, no que se refere ao confronto com parâmetros da Constituição Federal, inexistente qualquer possibilidade de apreciação concentrada⁵⁵:

Assim, cai por terra o principal argumento dos que defendem que deve ser ajuizada primeiro a ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, a inconstitucionalidade não pode ser pressuposto do *decisum*, a qual deve ser argüida na via adequada. “Desse modo, não é possível fazer sustar a cobrança de taxas sob fundamento de que sejam inconstitucionais”, pois a inconstitucionalidade da lei teria que ser apurada em procedimento abstrato. Ora, quando se tratar de fazer o confronto da norma municipal frente à Constituição Federal, sequer existe a possibilidade de ação direta.

Por esse raciocínio, infelizmente sufragado por decisões do STJ, estar-se-ia proibindo o juiz de proceder a um controle de constitucionalidade difuso, transformando em exceção o controle difuso, ao contrário da história do instituto, esquecendo-se que a ACP também tem status constitucional.

Ademais, adianta o autor que a via do recurso extraordinário garantiria, de todo modo, a supremacia das posições do STF, não havendo porque se falar em usurpação das funções da Corte Suprema⁵⁶.

Na argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), por sua vez, pode ser confrontada norma municipal perante a Constituição Federal. Entretanto, o campo de apreciação (matérias que podem ser versadas) é bastante estreito, resumindo-se a relevantes fundamentos de controvérsia constitucional sobre lei ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição vigente, no escopo de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público⁵⁷.

⁵⁵ SCHÄFER, Gilberto. **Ação civil pública e controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002. p. 156-157. O texto entre aspas é de decisão prolatada na Apelação Cível nº 43.420, Rel.: Des. Carlos Prudêncio, 7.6.1994, 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, citada pelo autor.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 133-136.

⁵⁷ BRASIL, Lei n. 9.882 de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Art. 1º A

Na esfera municipal, contudo, não há atores de relevo que se enquadrem na legitimação ativa exigida para ingresso da ADPF, que é a mesma prevista para a ADI⁵⁸, segundo impõe o art. 2º, I da Lei nº 9.882/1999.

Diante desse quadro, nota-se que os meios processuais à disposição dos contribuintes municipais para a tutela coletiva de seus direitos é bastante desigual se comparados à situação jurídica que ostentam os contribuintes da esfera estadual e federal, porque esses, como visto, contam com o poderoso instrumento da ação direta de inconstitucionalidade para se fazerem ouvir pelo Poder Judiciário.

Mesmo nos casos em que se viabiliza a ADI, o procedimento não é suficiente para garantir “a tutela do contribuinte”, visto que, o que se resolve, nesses casos, são as distorções jurídicas do ordenamento, e, só indiretamente viabilizam-se as pretensões individuais envolvidas no assunto. Declarada inconstitucional determinada norma, ainda assim compete a cada cidadão lesado intentar, individualmente, a repetição do indébito que lhe é atribuído.

Pode-se afirmar que as ações diretas de constitucionalidade não amparam as situações jurídicas individuais⁵⁹, posto que, primeiro, colocam os interessados indiretos – os sujeitos passivos das obrigações tributárias tidas por inconstitucionais – à mercê do teor do pedido formulado pelos legitimados constitucionais, legitimados estes que, obviamente, não representam os reais interesses da massa de contribuintes, pois não funcionam como patronos de causa, mas sim como *custos legis* do ordenamento; e, segundo, por imporem, ainda, assim, recurso a outra lide, apta a viabilizar a correção material da inconstitucionalidade no caso concreto (a repetição do indébito).

Ressalte-se, ademais, que a doutrina brasileira, ao versar sobre o tema das ações coletivas veiculando direitos tributários, quase sempre esbarra no tormentoso problema do enfrentamento de leis inconstitucionais através desse meio processual.

arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; II – (vetado).

⁵⁸ BRASIL, Constituição Federal. Art. 103. “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa; V – o Governador de Estado; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”. Não se verifica nesse rol de legitimados nenhuma autoridade ou órgão afeitos a problemas locais, municipais.

⁵⁹ Tanto assim que os anteprojetos de código de processo coletivo não fazem referência ao controle de constitucionalidade, visto que não se destina à defesa de interesses ou direitos de grupos, categorias ou classes

Acontece que, nem sempre os prejuízos patrimoniais de massa, originados em relações jurídicas tributárias, advêm de leis inconstitucionais. Na prática cotidiana das administrações tributárias não é raro a ocorrência de erros materiais graves decorrentes da má gerência de certos tributos que causam repercussão em grande número de sujeitos passivos destas obrigações.

Destarte verificar-se um “pano de fundo” de inconstitucionalidade, o remédio processual adequado para sanar esses erros e abusos é a ação coletiva, por conta de primados de economia processual e equidade de tratamento a que devem ser submetidos aqueles contribuintes que assumiram prejuízos patrimoniais em sua relação com a fazenda pública. Mas isso não impõe que, nesse tipo de processo, o Poder Judiciário vá analisar, sempre, inconstitucionalidade de lei ou ato administrativo. No mais das vezes, o cerne da questão reside em questões meramente legais ou, reflexamente, em atos administrativos do Poder Executivo.

6.5 Natureza jurídica dos direitos tributários

A questão da disponibilidade ou indisponibilidade dos direitos patrimoniais tributários, além de todas as nuances ideológicas que enfrenta para seu correto abalizamento, enfrenta algo realmente tormentoso na ciência do direito: trata-se de um conceito jurídico indeterminado⁶⁰, o que dificulta bastante a questão da redução do problema a parâmetros legais pré-estabelecidos, e, também, a extração de idéias mais sedimentadas do conceito, que em si, é fluido. Mesmo assim, a doutrina avança sobre o tema. Segundo Ives Gandra Martins, os advogados Benedito Olegário Rezende Nogueira de Sá e Paulo Roberto de Salles Vieira lembram que⁶¹:

A disponibilidade na relação jurídica tributária é inegável, bastando atentarmos que é admissível a moratória, a isenção, a compensação, a remissão, a transação, e, ainda mais, prescrição e decadência. Já se viu, acaso, prescrição ou decadência (!?) de direito indisponível? Já se viu disponibilidade (transação, isenção, etc.) de direito indisponível? Mas diriam alguns que os efeitos patrimoniais de relação jurídica indisponível podem ser objeto de transação e, portanto, a prestação (tributo) seria disponível, mas não a relação, que é indisponível. Perfeita a premissa e falsa a conclusão. É que direitos indisponíveis são “aqueles relativamente aos quais os titulares não têm qualquer poder de disposição: nascem,

de pessoas.

⁶⁰ Cf. SOUZA, Alexander Araújo de. O Ministério Público, a ação civil pública e a possibilidade, nesta sede, de controle incidental de constitucionalidade: uma trilogia democrática. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 369, p. 12.

⁶¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ação civil pública é veículo imprestável para a defesa de direitos individuais disponíveis – a cobrança de tributos municipais não pode ser contestada por ação civil pública. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 32, p. 105.

desenvolvem-se e extinguem-se independentemente das vontades destes” (Enciclopédia Saraiva do Direito, volume 28, p. 200) [...] (parecer a que tive acesso, não publicado).

Kazuo Watanabe, por sua vez, parece vislumbrar um interesse incindível em demandas dessa natureza. Segundo ele, muitos erros são cometidos na prática forense porque as peculiaridades da relação jurídico material em face da qual é deduzido o pedido de tutela jurisdicional não são levadas em conta, como a inadmissível fragmentação de um conflito coletivo em múltiplas demandas ,quando seria admissível uma só, ou senão a propositura de demandas pseudo-individuais fundadas em relação jurídica substancial de natureza incindível⁶².

Sua idéia transforma o processo coletivo numa lide de cunho objetivo, propugnando por soluções globais que atinjam homogeneamente todos os interessados, em razão da natureza incindível da relação jurídica substancial, de modo que a decisão deve ser do mesmo teor para todos que se encontrem na mesma situação jurídico-substancial: uma só demanda seria suficiente para a proteção da totalidade de usuários⁶³.

O ex-ministro do STF, Carlos Velloso, chegou a discorrer sobre o tema em um dos votos que dera em julgado daquela Corte⁶⁴, analisando a legitimidade do Ministério Público para a proposição de ação civil pública para a tutela de interesses de contribuintes (no caso, cobrança de IPTU).

Para ele, a somatória dos direitos dos contribuintes ao não-pagamento de certo tributo enquadra-se na categoria dos direitos individuais homogêneos, por serem de origem comum, divisíveis, e poderem ser postulados separada e individualmente. Entretanto, isto não se mostra suficiente para garantir o pleito coletivo desses direitos, por falta de instrumento processual de tutela típica: contribuinte não é consumidor, o que não permite sejam esses litígios abrangidos pelo art. 117 do Código de defesa do Consumidor⁶⁵:

Art. 117. Acrescente-se à Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes: "Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor".

⁶² WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 158, exemplifica: “Um caso paradigmático desses equívocos na atualidade, que vem causando enormes embaraços a nossa Justiça, é o pertinente às tarifas de assinatura telefônica. Num só juizado especial cível da capital de São Paulo foram distribuídas mais de 30.000 demandas individuais dessa espécie, que em nosso sentir, na conformidade das ponderações a seguir desenvolvidas, são demandas pseudo-individuais”.

⁶³ *Ibid.*, p. 158.

⁶⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n° 195.056/PR.

⁶⁵ BRASIL, Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Sustenta que a legitimidade do Ministério Público, diante da Constituição Federal restringe-se aos moldes do art. 129, II, que não faz alusão aos direitos individuais homogêneos, exceto se estes se revestirem de interesse social e individual indisponível, porque aí estariam na previsão do art. 127, caput, do mesmo texto constitucional. E arremata⁶⁶:

Mas o que deve ser considerado é que o contribuinte pode dispor desse direito. O contribuinte pode pagar o tributo, mesmo sendo de legalidade duvidosa, nada o impede. Ele pode deixar de pedir a restituição de tributo pago indevidamente. O que deve ser considerado é que direitos disponíveis são aqueles em que o interesse do titular prevalece sobre o interesse geral.

Há quem veja na relação jurídico-tributária indisponibilidade total de objeto, o que seria suficiente para legitimar, por exemplo, a tutela do Ministério Público sobre ela⁶⁷, entretanto, a natureza da relação tributária incendeia vários debates, mas é facilmente verificável que a legislação brasileira, assim como a jurisprudência e a doutrina, não enxergam no pilar do conflito tributário, que são os valores discutidos em juízo ou administrativamente, natureza eminentemente pública, mas sim, natureza eminentemente patrimonial, tão-somente.

Posição essa que se depreende da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que afasta a possibilidade de intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais exatamente por não enxergar aí interesse público. Em 23 de junho de 1997, a Primeira Seção do STJ exarou a seguinte súmula:

Súmula nº 189. É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais.

Consolidando sua jurisprudência que, em linhas gerais, baseava-se nos seguintes suportes: 1º) o interesse publico que justifica a intervenção deve ser imediato e não remoto; 2º) a Fazenda Publica dispõe de procuradores para defendê-la em juízo e prerrogativas processuais próprias, como o reexame necessário das decisões que lhe são desfavoráveis, suficientes para resguardar seus direitos patrimoniais oriundos de relações tributárias; 3º) o interesse ou a participação de pessoa jurídica de direito publico na lide, por si, não define o relevante interesse publico, e, também nesse caso, não existe disposição legal expressa que importe presença obrigatória do MP na lide; e 4º) somente os interesses sociais e individuais

⁶⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Processo judicial tributário: medidas judiciais que o integram e a legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública que tem por objeto o não pagamento de um tributo. In: WALD, Arnoldo (Coord.). **Aspectos polêmicos da ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 113.

⁶⁷ Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. Processo civil de interesse público: uma proposta de sistematização. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 34-35.

indisponíveis legitimam a integração do MP na relação processual.

Em suma, para a jurisprudência dominante, o interesse da fazenda pública não se confunde com o interesse público e o interesse tributário litigioso tem natureza disponível. De certa forma, a posição dos tribunais reflete o contexto histórico da tributação no Brasil, em que, por não ser um valor prestigiado pela sociedade, não se consagra no direito como interesse público⁶⁸.

Outro foco de estudo que parece suportar essa idéia é o que se refere ao indébito tributário. A doutrina costuma adotar o termo jurídico “repetir” para indicar a restituição, a devolução de algo, que é uma das acepções da palavra encontrada nos dicionários⁶⁹. O CTN fala em restituição do pagamento indevido, que é a devolução dos valores recolhidos a título de tributo, sem o ser, seja porque ultrapassam o montante devido, seja porque não dizem respeito a nenhuma relação tributária havida entre Estado (sujeito ativo) e contribuinte (sujeito passivo). É comumente denominada “repetição de indébito”, ou seja, devolução do indevido.

Os estudiosos dividem-se quando o assunto é a natureza do indébito na seara tributária. Doutrina minoritária entende que, por não serem tributos, não se submetem ao regime jurídico destes, até mesmo em relação aos prazos para se pleitear sua devolução; majoritariamente, entretanto, as quantias exigidas pelo fisco no exercício de sua função impositiva, ou espontaneamente pagas pelo administrado na convicção de solver um débito fiscal, têm natureza tributária, tal como definido no art. 3º do CTN⁷⁰.

O instituto deriva de princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa, até mesmo do próprio Estado, que, caso observasse outros princípios constitucionais, como o da moralidade e o da legalidade, transformaria a exceção, que é a restituição de ofício dos valores sabidamente indevidos, em regra. Hensel há muito já afirmava que “só é necessário um procedimento especial para a devolução de tributos indevidos quando a Administração não satisfaz de ofício sua obrigação material de devolução”⁷¹.

⁶⁸ Cf. CAMPOS, Hélio Sílvio Ourem. O Estado dogmático e os tributos nas constituições. **Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários**. Brasília, n. 29, p. 118, a tributação brasileira, desde os tempos coloniais, sempre teve péssima receptividade social: “[...] no século XVIII, a derrama teve uma significação histórica importante para o Brasil, pois dela sobressaía-se a cobrança do quinto do ouro em atraso. Daí a Inconfidência Mineira, que levava às armas o sentimento de impopularidade do esquema tributário implantado. Aliás, no Brasil, ainda é popular a expressão ‘quintos dos infernos’; o que, por si só, fornece uma imagem simbólica do repúdio”.

⁶⁹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.p. 2430.

⁷⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 309, segue a corrente majoritária.

⁷¹ HENSEL, Albert. **Derecho tributario**. Trad. Andrés B. Moreno, María Luisa Serrano e Enrique O. Calle.

Entretanto, não há nas leis brasileiras, qualquer menção à obrigatoriedade, por parte da fazenda pública, de devolução de valores sabidamente indevidos. Nesse ponto, o Poder Executivo age de modo semelhante ao Poder Judiciário: apenas se instado pelo interessado é que se abre o processo de repetição de indébito. Pode-se alegar que o princípio constitucional da moralidade é norma suficiente para obrigar a devolução ao pagador, entretanto, como várias normas constitucionais, esse princípio também é tratado como direito formal, pouco vasculhado pelos estudiosos na seara tributária⁷².

Pode-se dizer, em suma, que o indébito tributário tem a marca da ambigüidade, assim como a relação jurídico-tributária. Se de um lado o interesse do Estado-fiscal em arrecadar não desvela interesse público primário; por outro lado, a pretensão resistida pelo contribuinte-cidadão denotaria tal interesse? E mais além, é possível vislumbrar um interesse geral, qualquer que seja, numa sociedade tão desigual quanto a brasileira?

A desigualdade social brasileira remonta aos tempos coloniais, como mancha indelével de todo o país, como aponta Maria Odila Leite da Silva Dias, ao prefaciar “Raízes do Brasil”, de Sérgio Buarque de Holanda, com as seguintes palavras:

Chamava atenção em seu livro para a peculiar falta de coesão social que caracterizava nosso processo histórico de formação da sociedade; classes sociais fluidas, com fronteiras flexíveis, inter-relacionadas, cooptadas, cujas eventuais tensões o Estado procurava disfarçar⁷³.

Para José Eduardo Faria, o conceito de interesse público, hoje, é um conceito esvaziado, pois, com o enorme grau de complexidade atingido pelas relações sociais, principalmente em países de desenvolvimento tardio, como o Brasil, a heterogeneidade de valores não mais permite identificar caminhos comuns a trilhar⁷⁴, certezas, racionalidades, mas, apenas probabilidades.

Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 391: “*Sólo es necesario un procedimiento especial para la devolución de ingresos indebidos cuando la Administración no satisface de oficio su obligación de devolución*”.

⁷² Não raro identifica-se, principalmente no que diz respeito aos tributos originados de “cadastros tributários” (IPTU, IPVA, ITR), erros de cálculo matemático individualmente muito pequenos, mas que proporcionam aos fiscos das várias esferas, ganhos patrimoniais em larga escala. Como a auditoria pública nesse mister é omissa ou inexistente (controles internos, Tribunais de Contas e Ministérios Públicos), os cidadãos em geral sequer ficam sabendo do prejuízo a que se submetem.

⁷³ Cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002. (Coleção Intérpretes do Brasil, vol. 3, 2. ed.). p. 917. O prefácio se referia à seguinte passagem do livro: “Os elementos anárquicos sempre frutificaram aqui facilmente, com a cumplicidade ou a indolência displicente das instituições e costumes. As iniciativas, mesmo quando se quiseram construtivas, foram continuamente no sentido de separar os homens, não de os unir. Os decretos dos governos nasceram em primeiro lugar da necessidade de se conterem e de refrearem as paixões particulares momentâneas, só raras vezes da pretensão de se associarem permanentemente às forças ativas”. *Op. cit.* p. 947.

⁷⁴ FARIA, José Eduardo. A definição do interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 85-86.

E, ainda há a doutrina para quem, como já visto, o interesse social não estaria no objeto da causa, mas seria depreendida da natureza do procedimento de amparo no processo. Para Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, por exemplo, “pelo simples fato de a ação ser coletiva há, nessa forma de pedido de providência jurisdicional, interesse social (CF 127), e, portanto, interesse público”⁷⁵, porque, segundo os autores, a ação coletiva é prevista no ordenamento jurídico em virtude do interesse público, e o *parquet* pode ser sempre autor na demanda.

O pensamento de Humberto Pinho acentua que, de maneira semelhante, quando o ordenamento permite que certos tipos de direito sejam tutelados coletivamente (podendo não ter origem estritamente “coletiva”, como os direitos individuais homogêneos), eles passam a ser indisponíveis em razão dessa extensão social. “Em outras palavras, aquele direito que, se fosse concebido individualmente seria disponível, é alçado a uma condição superior, pois há todo um grupamento social interessado no deslinde daquela controvérsia”⁷⁶.

⁷⁵ Cf. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 526.

⁷⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 38, reconhece a dificuldade de trabalhar com o tema, uma vez que o ordenamento brasileiro não conceitua “direito indisponível”.

7 AÇÃO DE CLASSE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

SUMÁRIO: 7.1 A utilidade das ações de classe tributárias; 7.2 Propostas de codificação processual coletiva e matéria tributária; 7.3 Implicações das propostas nas lides tributárias; 7.3.1 Interesse social; 7.3.2 Utilidade; 7.3.3 Predominância das questões comuns; 7.3.4 Legitimação; 7.3.4.1 Legitimação do Ministério Público; 7.3.4.2 Legitimação da Defensoria Pública; 7.3.4.3 Legitimação individual; 7.3.4.4 Legitimação individual e o “mercado” da advocacia no Brasil; 7.3.5 Execução coletiva; 7.3.5.1 *Fluid recovery approach*; 7.4 Ações coletivas nos juizados especiais cíveis; 7.5 Ações coletivas no projeto do Código de Defesa do Contribuinte.

7.1 A utilidade das ações de classe tributárias

O direito processual como um todo foi moldado sobre um modelo dogmático preparado para lidar com conflitos e disputas interindividuais. Hoje, a realidade que se apresenta na prática forense é outra. A crise do direito reflete a crise social e com ela as visíveis mudanças de comportamento dos indivíduos e dos conflitos. Antigos institutos jurídicos ganham novamente espaço de destaque: as ações coletivas¹, e se espraiam por todos os recônditos do direito.

“A ação de classe é um dos poucos remédios legais de que os pequenos litigantes dispõe contra aqueles que comandam o *status quo*”². Essa frase, usada na motivação de uma decisão judicial de uma corte federal norte-americana exarada numa *class action*, resume o poder conferido ao indivíduo no âmbito do processo coletivo.

Nos EUA, berço das modernas *class actions*, a reforma do processo civil federal ocorrida em 1966 distinguiu dois tipos básicos de ações de classe, as *injunctive class actions* ou *civil rights class actions*, voltadas à emissão de ordens, de fazer ou não fazer; e as *common questions class actions* ou *class actions for damages*, cujo escopo é prover meios de indenização de danos causados a interesses individuais homogêneos que se fundem em questões comuns de direito ou de fato. Tipo de tutela essa, caracterizada pela preocupação com a adequada representação dos membros da classe (*adequacy of representation*) e com a necessária publicidade dos atos processuais relevantes, pela maior discricionariedade do juiz na admissão da *class action* e no controle de seu processamento, e pela habitual extensão da

¹ SILVA, Jaqueline Mielke. **O direito processual civil como instrumento de realização de direitos**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005. p. 204.

² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. SUPREME COURT. Eisen v. Carlisle & Jacquelin, 417 U.S. 156 (1974). Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit. nº 73-203. Argued February 25, 1974. Decided May 28, 1974. “The class action is one of the few legal remedies the small claimant has against those who command the status quo”. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=417&invol=156>. Acesso em 2 de fev. 2008.

coisa julgada a toda classe³.

Um dos pilares das *class actions* norte-americanas é o porquê da adoção do procedimento coletivo, aceito somente nos casos de impossibilidade de fato de unir todos aqueles interessados no processo (os que poderiam ser partes), ou nos casos de atravancamento do processo por conta de peculiaridades procedimentais insuperáveis no contencioso multitudinário. Trata-se de uma questão de “necessidade”.

Pela via da *class action*, um ou mais sujeitos podem acionar ou serem acionados em seu próprio nome e de outros que tenham interesses assemelhados. Em outras palavras, um grupo maior (a classe) de indivíduos é representado por um de seus integrantes ou parcela menor de seus membros. Entre os pressupostos objetivos da *class action*, o número elevado de sujeitos é o dado que determina a eficiência e economia processual do instrumento, impedindo a multiplicidade de ações, e o normalmente pequeno valor do interesse individual em questão é o dado de justiça social, evitando, pela via da aglutinação dos micro-conflitos, o enriquecimento sem causa do réu⁴.

Cruz e Tucci lembra, ainda, os efeitos terapêuticos que as *class actions* norte-americanas tiveram sobre empresas obstinadas na prática de pequenas fraudes contra consumidores, ressaltando⁵:

[...] que a utilidade da *class action*, como instrumento de tutela dos direitos de “pequenos” litigantes, propiciou a multiplicação de seu emprego por vários segmentos sociais. Com efeito, a potencialidade desse meio de proteção dos interesses supra-individuais proporciona aos cidadãos cultural e economicamente mais fracos um verdadeiro acesso aos tribunais, como, v. g., na questão *Haynes v. Logan Furniture Mart. Inc.*, em que ficou patenteada a conveniência da *class action*, uma vez que, dada a condição econômico-social de muitos litigantes, dificilmente se disporem a demandar individualmente.

As *class actions* ressaltam os princípios do acesso à justiça e da economicidade processual e judicial, que almejam facilitar o tratamento processual de causas pulverizadas, que seriam, individualmente, de muito pouca expressividade econômica, e, também, obter a maior eficácia possível das decisões judiciais. Tudo isso somado aos objetivos de resguardar a economia de tempo, esforços e despesas e de assegurar a uniformidade das

³ Cf. ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações coletivas**: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 238.

⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Edis (Coord.) **Ação civil pública – Lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 120.

⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **“Class action” e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 10.

decisões⁶.

Trata-se de uma técnica processual de reconhecida eficácia no tratamento coletivos de direitos individuais homogêneos, o que a tornou, tema já analisado, um modelo exportável de ação coletiva que, paulatinamente, vai sendo incorporado em vários ordenamentos mundo afora. Luiz Araújo Filho, ao discorrer sobre a importância da propagação das *class actions*, afirma⁷:

Apreciados a grande preocupação conceptual que os interesses coletivos, no mais amplo sentido, despertaram na Itália, em busca de uma tutela jurisdicional efetiva, ainda inalcançada, e, de outro extremo, o aprimoramento das *class actions* nos Estados Unidos, cumpre ainda registrar, numa perspectiva meramente exemplificativa, que, em geral, apenas nos países onde foram adotados, quase sempre no sistema da *common law*, mecanismos próprios das *class suits*, encontra-se um instrumental amplo e idôneo à tutela dos interesses individuais homogêneos.

[...]

Nos países de orientação romano-germânica, no entanto, de forma geral, a tutela dos interesses coletivos (em sentido amplo) ainda sofre maiores restrições, decorrentes dos limites eminentemente individualistas dos respectivos ordenamentos jurídicos, e a tutela coletivizada de direitos individuais homogêneos é excepcional.

E no Brasil, esse modelo poderia ser incorporado para tutelar pretensões tributárias?

Em verdade, o ordenamento nacional já conta com uma espécie de ação de classe. Para Ada Grinover, a ação prevista nos arts. 91 a 100 do CDC, destinada à reparação dos danos individualmente sofridos, é o que se pode chamar de “ação de classe brasileira”. Seu modelo conceitual baseia-se nas *class actions for damages* prevista no ordenamento jurídico norte-americano. Mas, enquanto lá (EUA), o manuseio dessas ações ocorre há várias décadas, aqui, a ação indenizatória do art. 91 e seguintes do CDC, diz a autora, “ainda não passou da sentença condenatória genérica, constituindo uma incógnita a aplicação prática das normas atinentes aos processos de liquidação dos danos devidos às vítimas ou seus sucessores”⁸.

Sua utilização na área tributária, contudo, foi rechaçado pela jurisprudência e, posteriormente, o ordenamento vedou a utilização da ACP para a tutela de direitos de natureza tributária ou previdenciária.

A necessidade de uma tutela adequada permanece. Em artigo publicado em 1994, James Marins já chamava a atenção para a necessidade do uso das ações coletivas em matéria

⁶ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 101, p. 15.

⁷ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações coletivas**: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 37.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 101, p. 12.

tributária, sob pena de inviabilizar o funcionamento dos tribunais. Segundo o autor⁹:

No recente Tribunal Regional Federal da 3ª Região [...] já tramitam mais de 200.000 processos. A maior parte desses processos teve origem em uma assoberbada Justiça Federal de 1º grau que só na Seção Judiciária de São Paulo tem em trâmite mais de 580.000 ações. No Tribunal Regional Federal da 4ª Região [...] são mais de 70.000 processos, e na cidade de Curitiba, tramitam no prédio da Justiça Federal quase 100.000 ações. Só aí teríamos quase um milhão de ações, das quais, em média, 80% têm referibilidade com direito tributário.

Apesar dos números demonstrados pelo jurista, sabe-se que grande parte das ações tributárias ajuizadas nos tribunais são de cobrança forçada – executivos fiscais – o que, apesar de não ter sido objeto de sua análise, não falseia sua proposição, apenas diminui os números tratados, o que, de modo algum, minora o problema, pois, 100.000 ou 500.000 lides tributárias em andamento num tribunal mostram quão grave é a questão.

7.2 Propostas de codificação processual coletiva e matéria tributária

A contemporaneidade é marcada pelo excesso legiferante do Estado, oriundo de um contexto de litigiosidade patente, e cercado de novos direitos e interesses que brotam sem cessar, e exigem regulamentações cada vez mais extensas e inovadoras. Nesse ambiente, parte da doutrina está realmente tomada por um afã reformista que dê ao processo coletivo, de uma vez por todas, espaço próprio e distinto do Código de Processo Civil¹⁰, visando regular de maneira mais eficiente a tutela de direitos coletivos.

Daí terem surgido, apenas na última década, vários anteprojetos de código de processo coletivo e um projeto de código de defesa do contribuinte que traz, de maneira bastante inovadora, o processo coletivo para dentro do direito processual administrativo tributário, concomitantemente ao processo judicial tributário.

Cabe analisar os pontos dessas propostas que mais se aproximam da tutela de direitos coletivos em matéria tributária.

As propostas de aprimoramento da legislação processual coletiva brasileira por meio da instituição de um Código Brasileiro de Processo Coletivos não passa incólume às críticas doutrinárias: Gregório Assagra de Almeida, estudioso do assunto, e que balizou sua

⁹ MARINS, James. Ações coletivas em matéria tributária. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 76, p. 103.

¹⁰ Como demonstra BELINETTI, Luiz Fernando. Ações coletivas – Um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro – A relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 98, p. 131: “Parece ser tarefa de extrema urgência neste momento em que procura reformar o direito processual civil brasileiro, a apresentação e implementação de propostas tendentes a estabelecer regras gerais para as ações coletivas, que devem ser regidas por normas e princípios próprios, desvinculando-se de conceitos e institutos inadequados para o enfrentamento de seus problemas”.

formação acadêmica no assentamento das premissas fundantes de um direito processual coletivo brasileiro¹¹, escreveu obra dedicada exclusivamente a analisar a perspectiva de codificação desses novo ramo processual.

É um dos raros autores que externa sua preocupação com a possibilidade de codificação deste ramo do direito processual, sustentando inúmeras posições contrárias às correntes doutrinárias que, na última década, erigiram duas sedimentadas e discutidas propostas de anteprojeto de lei para tal mister.

Em sua obra, antevê riscos de encaminhamento dos projetos ao Congresso Nacional, tido, ainda que isso não esteja explicitamente dito no texto, como sem legitimação suficiente para dar adequado impulso às idéias que serão encaminhadas para normatização. É claro o receio de um refluxo no alcance das ferramentas processuais já disponibilizadas hoje pelas inúmeras leis esparsas que regulamentam o processo coletivo, que, acaso oferecidas novamente à discussão parlamentar, ensejariam possíveis ataques de grupos de poder econômicos e políticos, já bastante incomodados com as prerrogativas sociais embutidas nas demandas coletivas.

Ressalta que, embora seja esse um risco real, alijar da discussão legislativa temas sensíveis como o processo coletivo apenas ladeia a questão da legitimidade do poder político no Brasil. Qualquer análise do Poder Legislativo federal identifica, *prima facie*, seu distanciamento das grandes questões nacionais, que sempre ficaram, historicamente, mais dependentes das iniciativas do Poder Executivo. Tanto assim que a maior parte dos projetos de lei encaminhados ao Congresso Nacional origina-se do próprio Governo Federal, em detrimento da iniciativa parlamentar *strictu sensu*, reconhecidamente tímida.

O autor também passa a idéia de “esperar o momento adequado” para encaminhar projetos desta magnitude, sem, contudo, debruçar-se sobre qual seria esse momento, mas deixando patente que a crise política brasileira traria grandes riscos para as conquistas processuais já alcançadas. O que, pelo menos por motivos históricos, não convence, pois os dois pilares do sistema brasileiro de processos coletivos, também foram discutidos e aprovados em épocas de parlamento assoberbados por crises políticas até bem mais graves do que a atual, isso porque aliadas a graves crises econômicas: a Lei de Ação Civil Pública foi promulgada em 1985, no auge do atribulado retorno à democracia, e no olho do furacão

¹¹ Cf. ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual: princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação. São Paulo: Saraiva, 2003. 665 p., em que sistematiza principiologicamente o tema, delimitando objeto e métodos próprios, e identificando a intrínseca natureza constitucional do processo coletivo.

trazido por inúmeros planos econômicos, recessão, hiperinflação, desabastecimento e moratória. O Código de Defesa do Consumidor, em 1990, em pleno governo Collor, e os mesmos males de outrora: inflação, planos econômicos mirabolantes e frustrantes, e alto grau de corrupção política.

Ou seja, o Congresso Nacional brasileiro, infelizmente, não possibilitou, pelo menos em passado recente, ambiente propício para as altas discussões democráticas e para o debate de assuntos relevantes às conquistas populares, que, mesmo assim, tímida e lentamente, vem avançando, como comprovam as aprovações do CDC e da LACP.

A crítica-base, entretanto, é a que diz respeito à precariedade das exposições de motivos, que, segundo o autor, não apontariam as diretrizes metodológicas e principiológicas para a codificação pretendida¹². Acha importante evitar a importação de modelos estrangeiros incompatíveis com a realidade nacional¹³, no que labuta contra ganhos históricos do direito comparado e contra a própria história da ação civil pública brasileira, oriunda explicitamente do modelo das *class actions* norte-americanas¹⁴. Ademais, com o trânsito mundial incessante de informações, em velocidades cada vez mais vertiginosas, já na escala dos terabytes por segundo, diversos sistemas, inclusive os jurídicos, estão cada vez mais permeados de influências estrangeiras, de *standards* internacionais e de aproximações intra blocos de comércio e uniões aduaneiras e regionais.

Incompatíveis todos os modelos crus o são, e seu aproveitamento dentro das fronteiras daqueles que os absorvem exige plasticidade e aprimoramento técnico, pois o que se incorpora não é o modelo em si, mas a idéia que ele traz. E é exatamente da troca de idéias, do “comércio de informações” que se espraiam as modernas técnicas processuais e o avanço institucional que preconizam. Não fosse assim, não se teria herdado a tradição jurídica do Império Romano, que sumiu do mapa há mais de um milênio e meio.

7.3 Implicações das propostas nas lides tributárias

As propostas resvalam em ambigüidades de conteúdo definitório que podem

¹² ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 4.

¹³ *Ibid.*, p. 156.

¹⁴ Consta na exposição de motivos do Projeto de Lei nº 4.984/85, que viria a ser a LACP: “[...] o anteprojeto tomou em consideração a experiência do direito norte-americano, que na Regra nº 23 da ‘Federal Rules of Civil Procedure’, conferiu legitimidade às associações com representatividade para defenderem, em juízo, os interesses difusos. As ‘class actions’ têm dado excelentes resultados nos Estados Unidos, motivo pelo qual se entendeu deva ser aplicada a experiência no Brasil”.

atravancar o desenvolvimento do processo coletivo em alguns campos. Passa-se à análise de certos conceitos quase que indeterminados utilizados na feitura dos anteprojetos.

7.3.1 Interesse social

Para Ada Grinover, a tutela coletiva de interesses individuais homogêneos só se viabiliza quando se concluir pela prevalência do coletivo sobre o individual.

Como vislumbrar, nas causas tributárias de origem comum, preponderância do coletivo sobre o individual? Parece que a resposta mais direta a essa questão diz respeito aos valores envolvidos: individualmente, centavos ou diminutas unidades monetárias; coletivamente, milhares ou milhões de unidades monetárias.

Individualmente pode-se falar em falta de interesse patrimonial (a despeito do interesse moral porventura envolvido na causa); no âmbito coletivo, essa alegação é despropositada, visto que o somatório do indébito tributário demonstraria o efetivo dano causado a um determinado grupo de contribuintes.

Talvez exatamente neste ponto resida a mais relevante crítica que pode ser feita às propostas de codificação dizem respeito à exigência do requisito da “relevância social” ou do “interesse social” para o cabimento da ação coletiva¹⁵. No âmbito tributário, fere de morte a inovação processual, tornando sua utilização ainda mais dependente da posição dos tribunais que, como já visto, tem sido bastante restritiva no tocante à utilização do processo coletivo como meio de pleitear direitos individuais homogêneos de origem tributária.

Antonio Gidi aponta a inexistência de sistema jurídico que exija, na legislação ou na jurisprudência, a relevância social ou o interesse social como requisito da tutela coletiva. Para ele, “trata-se de uma verdadeira aberração, não fazendo qualquer sentido prático, nem como política legislativa nem como inovação doutrinária”¹⁶. Afirma ainda que, “se uma ação pode ser julgada procedente (ou improcedente) no mérito, não faz nenhum sentido que um juiz possa decidir não examinar o mérito do processo, apenas porque não considera a tutela coletiva socialmente relevante no caso concreto”¹⁷.

Do que não difere Eduardo Appio que, ao analisar as condições da ação no processo coletivo, enxerga aí “um instrumento de seleção política das demandas sociais que

¹⁵ Esses requisitos estão presentes nos modelos apresentados pela USP (arts. 20, § 1º e 38), UERJ/Unesa (arts. 8º e 42) e pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (arts. 2º e 35).

¹⁶ GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 174.

¹⁷ *Ibid.*, p. 177.

serão objeto da apreciação judicial, do que resulta a exclusão de imensa gama de cidadãos do acesso à Justiça,”¹⁸ à disposição do Poder Judiciário.

Ademais, identificar “interesse geral” numa sociedade dinâmica e complexa é tarefa impossível. Os interesses são plurais. Para Lucia Figueiredo¹⁹:

O interesse público, para que se lhe dê algum sentido no cotejo com os outros interesses supraindividuais, não pode ser uma simples realidade quantitativa, dependente do número de indivíduos que o partilham; ao revés, por pairar solitário, inconteste e sem costuras ou rachaduras no meio ambiente social, tem raízes mais profundas, que lhe conferem uma natureza jurídica diversa na família da metaindividualidade. Quem deixar de compreender essa sua faceta não estará habilitado a distingui-lo, adequadamente, das outras categorias que lhe fazem sombra.

A identificação do interesse versado nas ações coletivas parece desdobrar-se em dois aspectos notadamente públicos, direta e indiretamente relacionados com a presença do Estado e com a coletividade que quer se fazer ouvir por essa via processual. Se há interesse público na hipótese de ajuizamento de determinadas ações individuais – interesse público qualificado pela presença do Estado em juízo e de todos os valores que ele representa –, em ações coletivas que também tratam do direito público material parece haver um interesse público subjacente qualificado ou reforçado ou, até mesmo, dobrado: tanto pela presença do Poder Público como também porque se depreende das ações coletivas como um todo que seus destinatários, por definição, coincidem com uma coletividade²⁰.

O conteúdo do interesse jurídico que se pode identificar nas ações coletivas tributárias está menos na natureza do objeto tutelado e mais na instrumentalização da via processual como veículo efetivo de tutela, e na abertura do sistema às pretensões tributárias de pequena monta que se encontra o interesse social, e não na questão patrimonial-orçamentária do montante geral dos valores litigados.

Essas propostas normativas, cabe lembrar, encaixam-se como uma luva na jurisprudência do STF, expressa no *leading case* representado pelo Recurso Extraordinário nº 195056/PR, cuja ementa assevera não ser possível identificar o direito do contribuinte com “interesses sociais e individuais indisponíveis”, conforme prescreve a Constituição Federal para efeito de legitimar a posição do Ministério Público na ACP.

Poder-se-ia afirmar que os direitos de contribuinte têm sim expressão social, ou

¹⁸ APPIO, Eduardo. **A ação civil pública no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 31.

¹⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação civil pública. Ação popular. A defesa dos interesses difusos e coletivos. Posição do Ministério Público. In: WALD, Arnoldo (Coord.). **Aspectos polêmicos da ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 237.

²⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Processo civil de interesse público: uma proposta de sistematização. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa

que têm expressão social para efeito de apreciação coletiva sob esses novos modelos. Entretanto, essas opiniões teriam que contar com a boa vontade de doutrinadores e tribunais, que, como já analisado, são majoritariamente bastante refratários à colocação dos direitos tributários na mesa do processo coletivo. Ainda assim, tais propostas normativas estariam no aguardo de mudanças de posicionamento jurisprudencial, sabidamente morosas, que, postergariam a inserção da ação coletiva tributária, fazendo-a depender de injunções futuras e incertas.

7.3.2 Utilidade

Outro conceito muito amplo para ser engendrado em termos legais foi o de “utilidade”²¹. Todos os três anteprojetos citados exigem a aferição da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

7.3.3 Predominância das questões comuns

O requisito da predominância das questões comuns, apesar de fortemente combatido por parte da doutrina²², não reflete diretamente nas lides tributárias, haja vista que as questões postas em juízo não serão comuns, mas “idênticas”, uma vez que decorrem de relações jurídicas postas *ex lege*, e, portanto, alcançam aos contribuintes de maneira bastante uniforme.

7.3.4 Legitimação

Quanto à legitimação, há que se fazer um parêntese para a posição do Ministério público nas ações coletivas brasileiras e nos anteprojetos de códigos de processo coletivos e de estatuto do contribuinte. Tema de bastante relevo e que merece ser apreciado com vagar, até porque a posição do parquet no processo coletivo é um dos assuntos mais discutidos pela doutrina jurídica contemporânea e também, pela própria ciência política. Isso porque a conformação constitucional da ação civil pública trouxe em si dois problemas que ainda

social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 37.

²¹ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 233-240.

²² ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 117.

demandam estudos mais aprofundados e que dizem respeito à sua recepção pelos Poderes do Estado e pela sociedade. De um lado, as novas implicações que o instituto representa para o Poder Judiciário e para a clássica divisão de poderes. De outro, para o Ministério Público como intérprete qualificado dentro da comunidade e para o papel que a sociedade civil organizada, através da ação civil pública, pode (ou não) desempenhar na defesa de seus direitos constitucionais, independentemente da atuação de qualquer órgão estatal²³.

Talvez um dos grandes problemas na temática das ações coletivas em matéria tributária seja o esquecimento, por parte dos juristas e da concepção que envolve os projetos do estatuto brasileiro do contribuinte e dos códigos de direito coletivo, da amplitude e da dualidade de cognições do processo tributário. Segundo James Marins:

[...] há processo sem jurisdição e em matéria tributária é inútil combater-se essa realidade, não apenas como decorrência da cristalização histórica de instituições administrativas com funções especiais de julgamento, como em virtude da consagração jurídica da noção de processo no seio da administração, muitas vezes com gênese constitucional, como é o caso do Brasil.

7.3.4.1 Legitimação do Ministério Público

É fato que a LACP, tal como foi aprovada, aumentou deveras o peso institucional do Ministério Público, mas, em contrapartida, não serviu de fator de estímulo para que a sociedade civil se organizasse em busca da defesa de seus direitos, como indicam os números pífios de ações civis públicas que foram intentadas pelas associações desde então²⁴⁻²⁵. A previsão do inquérito civil desigualou totalmente a legitimação das ACP em favor do Ministério Público, que, podendo utilizar-se com exclusividade desse procedimento, acaba por intimidar os indiciados, colocando-os na posição de potenciais e futuros réus e, quanto aos demais legitimados, afirma Rogério Arantes:

²³ Cf. CASAGRANDE, Cássio. Ministério Público, ação civil pública e a judicialização da política: perspectivas para o seu estudo. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, n. 3. p. 28.

²⁴ Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 228, que, retrata dados estatísticos oriundos de levantamento de todas as ações civis públicas propostas na cidade do Rio de Janeiro e em algumas cidades do interior daquele estado, até o ano de 1996, indicando que pouco mais de 10% das ACP são intentadas por associações e ONGs (o grosso fica por conta do Ministério Público, 60,92%, e do Município do Rio de Janeiro, 18,39%).

²⁵ Cf. ALVES, Rogério Pacheco. **As prerrogativas da Administração Pública nas ações coletivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 17-21, dados coletados nas Promotorias de Justiça de Meio Ambiente e Cidadania do Município do Rio de Janeiro, referentes aos anos de 2001-2004, indicam concentração ainda maior de ACPs intentadas pelo Ministério Público: 80% na área de cidadania, 88% na de meio ambiente.

Se considerarmos que esse instrumento foi acoplado a um projeto cuja versão original já tinha imposto sérios controles à participação das entidades privadas, fica mais fácil entender o fenômeno de tipo *free-riding*²⁶ desencadeado pela lei, isto é, as associações civis deixam de fazer uso da ação civil pública à espera que o Ministério Público faça por elas. É evidente que, segundo os incentivos e constrangimentos impostos pela Lei 7.347/85, a estratégia mais racional para os atores coletivos (autorizados e não-autorizados pela Lei) é esperar que o Ministério Público tome a iniciativa de agir ou, quando muito, provocá-lo a representar seus interesses em juízo, dada a extraordinária posição de vantagem que ele ocupa no sistema. Ou seja, ao contrário do que alguns autores argumentam, a Lei de ACP veio antes incentivar o absenteísmo judicial das associações, em vez de corrigi-los.²⁷

Esta prevalência de um papel ativo e de destaque aos membros do Ministério Público no processo de interpretação constitucional, por meio da ação civil pública, levou ao seguinte questionamento: não estaria havendo uma forma de desequilíbrio dentro da comunidade de intérpretes, na medida em que a titularidade da principal ação de defesa de direitos constitucionais estaria fortemente vinculada aos integrantes do *parquet*, em detrimento de outros membros desta comunidade, notadamente a sociedade civil organizada?²⁸

Um levantamento estatístico sobre acesso à justiça e ações coletivas na cidade do Rio de Janeiro, identificou que 87% das ações civis públicas de sua amostragem têm como titulares o Ministério Público estadual (60,92%), a Defensoria Pública estadual (6,9%) e o Município (18,39%), evidenciando que, apesar de a ACP não ser um monopólio dos órgãos públicos, outras entidades da sociedade civil fazem muito pouco uso deste instrumento processual. E mais: 44% das ações dizem respeito a causas sobre meio-ambiente²⁹.

Por mais que o número possa parecer expressivo, pouco mais de 10% das ACP são intentadas por associações. Será este dado um reflexo da desorganização da sociedade civil brasileira para lutar por direitos metaindividuais ou um indicativo de que a tutela desses direitos é quase que absoluta dos órgãos estatais, à frente o Ministério Público, na representação dessa mesma sociedade? Até que ponto as prerrogativas do *parquet* não abafam a iniciativa dos demais legitimados à propositura das ações coletivas?

Hoje, não proliferam estudos sobre esse problema, mas, respostas a tais perguntas poderão, no futuro, ensejar análises mais profundas sobre (a) os motivos que levam ao assoberbamento enfrentado pelos órgãos do Estado na condução dessas ações, (b) de onde se

²⁶ “Free-riding” significa “carona”.

²⁷ ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: EDUC, Fapesp, Editora Sumaré, 2002. p. 73-74.

²⁸ Cf. CASAGRANDE, Cássio. Ministério Público, ação civil pública e a judicialização da política: perspectivas para o seu estudo. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, n. 3. p. 29.

²⁹ Cf. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 186-191.

originam a maior parte das ACP, e (d) o porquê de não haver esse instituto frutificado nas mãos de outros contendores igualmente legitimados para propô-las.

José Gomes Neto, em observação sucinta sobre a diminuta participação das associações civis no trato processual dos interesses e direitos coletivos, registra, quanto a isso, que³⁰:

Essas entidades, tão eficientes na resolução de problemas na esfera administrativa relacionados com sua razão de existir (*raison d'être*), têm por comportamento excluir-se ou recorrer ao Ministério Público, quando em questão demanda judicial. Identificar quais os motivos de ordem sócio-cultural e/ou econômica geram este fenômeno e a necessidade de efetivos estímulos nesta área é proposta para estudos processuais futuros, através do método do acesso à justiça.

Essa “acomodação” dos outros legitimados ativos nas ações coletivas, é um fato inegável. Agregue-se a isso o registro de que, após a entronização da ACP no ordenamento brasileiro verificou-se que a utilização da ação popular decaiu bastante³¹. A atuação do Ministério Público tolheu as iniciativas das associações 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 regra³².

A idéia de que a sociedade brasileira é “incapaz de defender-se a si mesma” compõe o mais importante elemento do voluntarismo do Ministério Público. Dissemina-se idiossincraticamente a noção de uma sociedade maciçamente hipossuficiente, carente da tutela e do paternalismo dos órgãos estatais, que, para atender anseios e necessidades crescentes, devem agir afirmativamente. Nesse sentido a crítica de Miguel Reale, para quem as normas de competência estatuídas na Constituição Federal no que diz respeito à titularidade da ação civil pública devem ser interpretadas nos rigorosos termos em que lá postas, pois, segundo o autor³³:

Vê-se, pois, que a regra, em consonância com os princípios da autonomia do cidadão, é a que preserva às pessoas jurídicas privadas o poder de agir sem tutela de entes públicos ou privados que pretendam se substituir aos particulares, a pretexto de sua incapacidade ou

³⁰ Cf. GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti**: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2005. p. 91.

³¹ BURLE FILHO, José Emmanuel. Ação civil pública: instrumento de educação democrática. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **Ação civil pública** – Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 407.

³² FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 139.

³³ REALE, Miguel. **Questões de direito público**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 130.

impotência, fato este sumamente grave porque, longe de representar a salvaguarda da cidadania, alberga o risco de transformar a comunidade em um conglomerado de incapazes.

Outro aspecto a ser considerado diz respeito à posição jurídica que o Ministério Público assume no processo coletivo e indagar se não poderia ocorrer conflitos de interesse com as pretensões individuais dos contribuintes ali encapsuladas.

No fundo, entender que o Ministério Público tem a sua própria ideologia, assim como o Poder Judiciário ou a Defensoria Pública também têm as suas, é vislumbrar possíveis choques de intenções entre o querer dos contribuintes e o querer desses órgãos. Por mais estruturados que estejam, por mais afinados com a proteção do tecido social, ainda assim, seus membros podem não intentar ações, baseados em soluções técnicas bem abalizadas que confrontam com o querer, com a decisão, com o sentimento de determinados grupos de contribuintes que desejam confrontar o poder tributário do Estado, mesmo que suas chances de vitória judicial sejam diminutas.

Para esses grupos, não interessa a tutela processual de órgãos do Estado muitas vezes alheios à realidade em que vivem, agrada-lhes mais a idéia de ter um bom advogado que “compre” sua causa e lute por ela. Alguém que não estará opinando pelas regras postas no sistema, mas sim tentando persuadir tecnicamente o Poder Judiciário a dizer o direito tal qual intenta o seu cliente.

A relação que o Ministério Público ou a Defensoria Pública pode manter com seus “clientes” nunca estará assentada nas mesmas bases daquela relação que une o advogado particular com seu cliente. A primeira realmente é de tutela; a segunda, contratual, com objetivos de resultado bem mais claros e quantificáveis.

A primeira, não raro, fica à mercê da ideologia dos funcionários públicos que a compõem; ao passo que na segunda, o contrato entre as partes e o representante conduz efetivamente o posicionamento deste no processo nos moldes queridos pelos contratantes: com maior liberdade para ousar no pedido e atacar as premissas tributárias impugnadas.

A titularidade do Ministério Público nas ações civis públicas em matéria tributária envolve a instituição numa disputa judicial de alta conotação política, bastante parecida com a observada no controle concentrado de constitucionalidade.

A legitimação ativa do Ministério Público nas ações coletivas, segundo a orientação dominante na jurisprudência brasileira, depende da interpretação que se dê ao conceito de direito indisponível, para efeito de autorizar a atuação do *parquet* em sua defesa. Decorre dessa circunstância: de o interesse coletivo apresentar-se em primeiro plano, tornado-

se, na perspectiva jurídica, menos relevante o interesse privado do titular em sua efetivação³⁴. É a preponderância da dimensão coletiva da causa sobre a dimensão individual.

Isso porque nem todo interesse público está na guarda desse órgão do Estado, havendo aqueles em que sua atuação em defesa desses é vedada, justamente para que não se dê margem a um desvio de função. Exemplo disso é o caso da representação judicial e consultoria jurídica de entidades públicas, vetada pelo art. 129, IX, da CF. Não há negar a existência de interesse público no sentido de que tais entidades sejam representadas judicialmente e tenham assessoria jurídica. No entanto, não é pela simples existência desse que o MP está autorizado a agir³⁵.

Para a defesa dos interesses meramente individuais, o ordenamento constitucional (arts. 133 e 134) prevê a indispensabilidade do advogado e, também, da Defensoria Pública (esta, no caso da defesa dos necessitados, conforme define o art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal).

Reside na relevância social do bem jurídico tutelado ou da própria tutela coletiva a justificativa constitucional da legitimação do MP para a propositura de ação coletiva em defesa de interesses privados disponíveis³⁶.

E essa relevância social há que funcionar como fronteira da atuação do parquet, sob pena de imiscuir-se o órgão em desvio de função. Adverte Paulo Frontini que o Ministério Público é um órgão do Estado e se sujeita aos mesmos riscos de todos quantos exercem o poder estatal: “deve, por essa razão, estar atento para que as atribuições, que lhe foram outorgadas através da ação civil pública, sejam exercidas em conformidade aos ideais que inspiraram o surgimento do instituto”³⁷.

7.3.4.2 Legitimação da Defensoria Pública

Dispõe a Constituição Federal que:

Art. 5º, LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

³⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. Direitos individuais homogêneos, limitações à sua tutela pelo Ministério Público. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 103, p. 193.

³⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Propositura, pelo Ministério Público, de ações para a tutela de interesses de particulares e ações civis públicas. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 332, p. 246.

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública no STJ. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 99, p. 12.

³⁷ FRONTINI, Paulo Salvador. Ação civil pública e separação de poderes. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública** – Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 752.

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.)

Apesar desse resguardo constitucional das funções da Defensoria Pública, a questão da independência do órgão em relação ao Poder Executivo é perturbadora quando o assunto é a qualificação da instituição como representante adequada nas ações coletivas tributárias. Uma simples notícia de jornal revela o quadro de ingerência do Poder Executivo no papel institucional das Defensorias Públicas.

Recentemente, o Ministério Público Federal no Distrito Federal estuda responsabilizar o governador pela edição do Decreto nº 29.599, que altera a estrutura do Centro de Assistência Judiciária do Distrito Federal [Defensoria Pública], e impõe que o defensor público só poderá ingressar com ações coletivas e individuais contra o sistema de saúde depois da aprovação do Núcleo de Assistência Jurídica de Mediação, Conciliação, Saúde e Assuntos Fundiários e da tentativa de conciliação com o governo. Para o MPF, o decreto restringe a atuação dos defensores e impede que a população pobre recorra à Justiça para ter acesso a direitos básicos, como atendimento médico-hospitalar, procedimentos cirúrgicos e fornecimento de remédios³⁸.

Para muitos críticos, o financiamento da atividade pelo Estado e sua vinculação, ainda que indireta, com o Poder Executivo, influencia negativamente a independência profissional dos defensores públicos.

Ao largo dessa questão, a Lei nº 11.448 de 15 de janeiro de 2007 alterou a LACP, incluindo entre os legitimados à propositura da ação civil pública, a Defensoria³⁹. A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público ajuizou a ADI nº 3.943, pedindo a inconstitucionalidade do art. 5º, II da LCAP, ou a interpretação conforme a Constituição “para excluir a legitimidade ativa da Defensoria Pública” quanto ao ajuizamento de ação civil pública para defesa de interesses difusos”. A ONG Movimento do Ministério Público Democrático posicionou-se a favor da lei, acreditando que seu intuito é fortalecer o acesso à

³⁸ Defensoria: MPF questiona ato do governador do DF. Disponível em http://blogdofred.folha.blog.uol.com.br/arch2008-10-12_2008-10-18.html. Acesso em 2 de ago. 2008.

³⁹ BRASIL, Lei n. 11.448, de 15 de janeiro de 2007: “Art. 2º. O art. 5º da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação: ‘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.’ (NR)”.

justiça⁴⁰.

Acaso vingue a proposta *sub judice*, o papel da Defensoria Pública no processo coletivo poderá ser bastante decisivo na ampliação do escopo social deste instrumento. Na seara tributária, se um dia vier a ser implementado alguns dos projetos que carregam aos tributos a tutela coletiva, a Defensoria poderá, sem dúvida, ocupar espaços hoje vazios.

Há idiossincrasia disseminada de que os pobres, “por não pagarem impostos”, não litigam. Um erro comum entre os pensadores do direito. Os mais pobres arcam com ônus tributários escorchantes se comparados com as classes mais altas. Não “sentem” diretamente esse peso por uma simples razão: a tributação indireta esconde a regressividade do sistema, tornando mais palatável ou escamoteada a carga fiscal⁴¹.

Ainda assim, os mais pobres arcam com inúmeros tributos diretos, como a contribuição de melhoria, taxas de coleta de lixo e IPTU, campo vasto para a atuação da Defensoria Pública como legitimada no processo coletivo tributário.

7.3.4.3 Legitimação individual

Uma das mais tormentosas objeções colocadas aos anteprojetos é a relacionada à legitimidade coletiva dos indivíduos, pois, aptos estes a postular em juízo de maneira mais ou menos livre, poder-se-ia estar abrindo as portas para novas frentes de abuso e, conseqüentemente, descrédito das ações coletivas, tal como ocorreu com as ações populares⁴².

⁴⁰ LEITE, Cyntia Danielle Paiva; BARROSO, Kátia da Silva Soares. A legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública: considerações sobre a Lei 11.448/2007. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 162, p. 133.

⁴¹ SINDICATO DO FISCO DE ALAGOAS. **Sistema tributário nacional penaliza os mais pobres**. “O sistema tributário brasileiro penaliza os mais pobres e não gera a distribuição de renda no País. A constatação é da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que ontem criticou a carga de impostos no Brasil em seu relatório anual. Segundo a entidade, o País não consegue usar seu sistema de impostos para distribuir renda. Segundo Naren Prasad, economista da OIT, 43% do salário de um trabalhador de classe baixa vão para o pagamento de impostos indiretos e diretos. Na classe mais rica, com pelo menos 30 salários mínimos, a taxa acaba sendo de apenas 16%. “A classe mais pobre destina ao governo em impostos quase seis meses de trabalho todos os anos”, afirmou. Por enquanto, a desigualdade está sendo atenuada no Brasil com programas sociais. Mas a OIT alerta que o sistema tributário precisa ser reformado. No mundo, a média de impostos caiu de 37% em 1993 para 27,1% em 2007 para as empresas. No caso do Brasil, a conclusão dos estudos é de que os impostos indiretos acabam neutralizando o fato de o imposto de renda ser progressivo. ‘O Brasil tem um sistema de impostos que fere mais aos pobres’, afirmou o relatório da OIT. ‘O sistema não gera a redistribuição de renda e, portanto, precisa ser reformado’, defende a entidade. Entre 1996 e 2004, a estimativa publicada pela OIT mostra que os impostos para a classe mais pobre aumentaram em 21%. Disponível em <http://www.sindifiscoal.org.br/site2/content/view/721/28/>. Acesso em 30 out. 2008.

⁴² Sob a ótica de GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 226-227: “[...] um dado fático extremamente importante da realidade das *class actions* norte-americanas: todos os problemas de abuso têm sua origem, direta ou indiretamente, na relação assimétrica e conflituosa que há entre os milionários interesses do advogado do grupo e os parcos interesses de cada um dos membros do grupo. [...] A *class action* é considerada abertamente um investimento privado sem fins lucrativos e o advogado é visto como um empreendedor, que faz da tutela coletiva

Eurico Ferraresi não enxerga problemas que não possam ser contornados no tocante à legitimidade coletiva dos indivíduos. Segundo ele, não importa a motivação que leva alguém à propositura de uma demanda judicial. Todo e qualquer ato humano pressupõe uma atitude política, uma escolha entre as várias condutas possíveis. Mesmo que o motivo que conduza o cidadão a propor uma demanda popular não seja nobre, tal fator é absolutamente irrelevante, e não se pode ser ingênuo a ponto de imaginar que apenas iniciativas altruístas legitimariam as ações coletivas. Para ele, “o problema não está na legitimidade atribuída ao indivíduo; talvez o que mereça destaque é o controle sobre essa legitimidade”⁴³.

Semelhante nesse ponto a posição de Clarissa Guedes, para quem a efetivação do princípio democrático passa pela ampliação da participação popular no processo, o que muito bem seria alcançado mediante a legitimação ativa do indivíduo na tutela coletiva, sob um controle forte da adequação da representatividade do postulante⁴⁴, sob pena de seu direito de ação ficar cerceado sempre que os co-legitimados para a ação coletiva não se interessarem pela propositura da causa⁴⁵.

Trata-se de uma opção política bastante sofisticada, mas não infensa a sérios questionamentos. Um deles evidencia o contra-senso de, negando toda a história da evolução do processo coletivo no Brasil, optar-se por trilhar um caminho que esvazia o poder das associações e provoca uma certa desestruturação na organização dessas entidades representativas, cuja formação era indiretamente prestigiada e incentivada no sistema

dos direitos da sociedade a sua principal fonte de renda. Indiretamente, o grupo também será beneficiado. É o capitalismo liberal norte-americano em sua mais pura forma, confundindo as figuras de justiceiros e investidores”, o que seria suficiente, segundo o autor, para servir de àqueles que defendem a introdução da legitimidade de indivíduos para a propositura de ações coletivas em outras partes do mundo.

⁴³ FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 137.

⁴⁴ GUEDES, Clarissa Diniz. A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. (Coords.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 117, afirma: “Na ação civil pública, há a possibilidade de os legitimados ativos serem assistidos pelos membros da coletividade interessada, manifestando seu consentimento quanto à propositura da demanda, o que concorre para a efetivação da democracia participativa. Todavia, inexistindo o requisito da representatividade dos assistentes litisconsorciais, pode-se concluir que nestes casos, o indivíduo não atua necessariamente em nome do grupo, mas em seu próprio nome. Assim, na ação civil pública o princípio democrático é medido tanto pelas condições do legitimado ativo de defender a vontade geral, como pela possibilidade de participação dos membros do grupo no processo. Enquanto os legitimados ativos estão comprometidos com a persecução dos interesses de toda a coletividade e contam com mecanismos eficientes de aferição dos interesses carecedores de tutela, os indivíduos isolados, mesmo atuando como meros assistentes litisconsorciais, têm a prerrogativa de pleitear seus direitos transindividuais de maneira direta e de manifestar democraticamente seu consentimento quanto à pretensão autoral. Ao possibilitar o consentimento pessoal dos titulares dos direitos materiais debatidos em juízo, o legislador propiciou ao jurisdicionado mecanismos de participação direta no processo coletivo, associando instrumentos da democracia representativa a instrumentos da democracia direta”.

processual coletivo formado pelo CDC, LACP e leis esparsas.

Por outro lado, pode-se apoiar a idéia dos anteprojetos com uma simples observação: as associações não se fazem presentes nem em todas as situações cotidianas nem em todos lugares, o que deixaria o interessado individual sob desamparo de meios efetivos de tutela.

Para Antonio Gidi, contudo, a melhor opção passa pelo reforço ao papel dos legitimados fortes, com incentivos para a criação de associações bem estruturadas⁴⁵, deixando para o indivíduo membro do grupo, subsidiariamente, a opção de capitanear uma pretensão coletiva, caso não haja legitimado coletivo adequado interessado em representar os interesses do grupo em juízo, como prevê o art. 2º do anteprojeto original do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.

Outro ponto que chama a atenção na questão da legitimidade no processo coletivo em matéria tributária diz respeito à influência que a opção legislativa de abrir a legitimidade não somente a pessoas jurídicas, mas também a pessoas físicas, poderia ter sobre o exercício da advocacia, mas especificamente sobre o campo de atuação, o “mercado” do advogado.

7.3.4.4 Legitimação individual e o “mercado” da advocacia no Brasil

O questionamento que mais rapidamente vem à mente de quem se debruça sobre a defesa de direitos individuais homogêneos via ações coletivas é: o mercado da advocacia não será exterminado se, em vez de várias causas, houver concentração massiva de lides em poucos patrocinadores?

Trata-se de uma idiosincrasia. As ações coletivas não cortam empregos no campo de trabalho da advocacia, pelo contrário, estimula esse mercado. Por uma razão bem simples (aliás, uma verdadeira equação matemática), as causas de valor diminuto não têm interesse nenhum para os patronos ou para os titulares dos direitos lesados, posto que o custo para o demandante é muito alto se comparado ao que espera receber em retorno com a ação, e, para o advogado, seria risível o valor recebido a título de honorários.

Já se inúmeras demandas de valor individual baixíssimo forem agregadas num só processo, a situação muda bastante, posto que, tanto para os demandantes quanto para o patrono da causa, a situação se inverteria: os custos da demanda ficariam diminutos, posto

⁴⁵ *Ibid.*, p. 136.

⁴⁶ GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 231.

que rateados, e os honorários passariam a ser apreciáveis, posto que agregados.

Exemplifica essa situação Aluisio Mendes, ao defender a ampliação da legitimidade das ações coletivas para os indivíduos, o que viabilizaria a presença da advocacia particular como patrono dos lesados⁴⁷:

Pode-se imaginar, por exemplo, um dano que individualmente remontasse a um valor unitário de mil reais, ensejando honorários, se fixados em conformidade com o art. 20, § 3º, do CPC, entre cem e duzentos reais, valor que não seria altamente significativo e suficiente para a manutenção de uma banca de advocacia. Mas, diante de um grupo de mil pessoas afetadas, o valor da causa passaria para um milhão de reais, com a possibilidade de honorários entre cem e duzentos mil reais. Por conseguinte, direitos e interesses individuais, principalmente de natureza pecuniária de pequena monta, que acabavam sendo impunemente desrespeitados, poderão encontrar a sua alforria, despertando a atuação da advocacia privada, como ocorre com relativa frequência nos Estados Unidos.

Segundo o autor, essa inovação revolucionaria o mercado da advocacia privada na defesa dos direitos metaindividuais, hoje restrita ou à assessoria das associações e sindicatos legitimados à propositura dessas ações ou no patrocínio do pólo contrário (os que, em tese, são os causadores dos danos que se intenta compor), tornando-se fonte de interesse para os advogados, pois causas que individualmente não seriam capazes de mobilizar e custear o aporte de recursos humanos e materiais poderão, sob o prisma coletivo, viabilizar-se⁴⁸.

A questão do mercado de advocacia no tocante às *class actions* e dos ganhos que são gerados em formas de honorários geralmente costuma atrair severas críticas de políticos e da mídia, causando indignação na sociedade. Antonio Gidi relata o ambiente dos EUA em relação a isso. Segundo ele, ações de altíssimo valor global geradas no ambiente dos processos coletivos de pequenas causas (*small claims class actions*), geram indenizações de centavos aos indivíduos. Assim, por exemplo, numa causa envolvendo 200 milhões de dólares, os advogados embolsam 70 milhões, enquanto cada membro do grupo fica com 15 centavos de dólar. Situação que levou a⁴⁹:

[...] o poder político e econômico, apoiado por autores mais conservadores, em geral ligados ao Partido Republicano, fizeram uma proposta de lei para coibir demandas coletivas desse tipo. Trata-se do que se convencionou chamar *it just ain't worth it provision*, segundo a qual, quando uma demanda coletiva “não valer a pena”, ela não deverá ser cabível.

De certa forma, a opção legislativa por norma processual que impeça a tutela de

⁴⁷ CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. O anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 25.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 25.

⁴⁹ GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 182.

direitos individuais homogêneos em matéria tributária que não sejam, por assim dizer, “de bagatela”, pode alcançar o objetivo, não menos legítimo, de proteger o próprio mercado da advocacia contra o truste de grandes e bem estruturados escritórios, cujas filiais estendem-se por todo país em forma de verdadeiras “franquias” de suas marcas famosas e abafam o mercado dos causídicos individuais e dos pequenos escritórios locais.

Cabe salientar que a questão do espaço de trabalho reservado ao advogado não passa despercebida na jurisprudência, que reafirma o *munus* constitucional da advocacia privada mesmo em temas atinentes ao processo coletivo, como se extrai do seguinte voto-vista do ministro Demócrito Reinaldo no Recurso Especial nº 171.283/PR, que versava sobre a possibilidade de o parquet intentar ACP para defender pequeno grupo de pessoas que se sentiram lesadas em compra de lotes de terreno destinados a construção de casas populares⁵⁰:

[...] a atuação do Ministério Público como substituto processual é de caráter excepcional e por isso deve ser interpretada restritivamente, sobretudo quando se trata de defesa de direitos ou interesses individuais, sob pena de minimizar a própria atividade advocatícia, afrontando as normas do Estatuto do Advogado.

Afinal, a se permitir ações coletivas que possam englobar interesses e direitos de grande monta, massificados, o serviço de advocacia, assim como qualquer bem em disputa no mercado, será presa fácil para os grupos de advogados de capital organizado, os quase-empresa, que facilmente poderiam capturar as ações de grande monta, concentrando sobremaneira a titularidade desses interesses e massacrando pequenos mercados de advocacia locais ou regionais que teriam de sustentar-se, com a sobra das fantásticas somas envolvidas, ou seja: contentar-se com as causas individuais.

Vê-se que nem toda opção legal processual em matéria de direitos individuais homogêneos será bem recebida num país onde a Ordem dos Advogados é voz ativa da sociedade – respaldada constitucionalmente – e, claro, dos seus próprios interesses. Destarte a presença cada vez maior dos grandes escritórios principalmente nas capitais do país, e sua significativa influência política, a OAB ainda é caracterizada pela representação pessoal de seus membros, sempre atenta à reserva de mercado que proteja os interesses de seus associados, também de forma individual⁵¹.

⁵⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 171.283/PR. Min. Demócrito Reinaldo. Voto-vista.

⁵¹ Exemplo claro disso foi a resistência dos advogados às disposições contidas no novo estatuto legal relativo à dissolução, em cartório, do casamento – Lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007, que sem dúvida, restringiu a margem de atuação dos causídicos em prol dos tabelionatos.

7.3.5 Execução coletiva

Marcos Gouvêa ao tentar compor um raciocínio que tornasse viável a legitimação do Ministério Público para as causas sobre direitos individuais homogêneos aduziu que estes seriam estruturalmente bifásicos: no primeiro momento, enquanto reflexo do direito coletivo, na fase processual de conhecimento, não-individualizada, seria indisponível, depois, como a satisfação do crédito reconhecido demandaria iniciativa individual para a execução, tornar-se-ia disponível, já que o interessado poderia abrir mão de seu direito.⁵²

A argumentação, contudo, não se sustenta, ela nasceu, em verdade, do intuito do autor em habilitar o *parquet* para a promoção de ACP em matéria de direitos individuais homogêneos, aduzindo que, havendo inúmeras ações sobre um mesmo fato, defluiria daí mesmo o interesse social na rápida solução do litígio, por meio da atuação molecular do Ministério Público e do conseqüente desafogamento do Poder Judiciário.

Há uma contradição nesse pensamento, pois, se de um lado acelera e centraliza o processo de conhecimento, por outro, nada resolve quanto às execuções individualizadas que, por corresponderem aos direitos pleiteados em juízo, são igualmente numerosas e igualmente travancadoras do Poder Judiciário, que terá de tocá-las uma a uma.

Ou seja, troca-se um “problema no início” verificado nas ações individuais, caracterizado pela numerosidade destas, por um “problema ao final”, quando, as inúmeras execuções individuais voltam a travancar a prestação judicial, causando morosidade.

José Rocha, ao se referir às definições de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais constantes no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, critica que:

Embora essas definições gozem de grande prestígio, sendo comumente utilizadas para a reivindicação de satisfação de necessidades coletivas, têm, em si mesmas, uma deficiência, visto serem definições imperfeitas por deixarem de referenciar o elemento essencial do interesse, qual seja, a necessidade⁵³.

Chama atenção a necessidade de subverter-se o regramento da fase de execução do processo coletivo, tradicionalmente levada a cabo de maneira individualizada, por cada interessado, fazendo com que, na realidade, só a fase de conhecimento seja verdadeiramente coletiva. A execução individual da bagatela mostra-se, assim como o pleito processual de

⁵² Cf. GOUVÊA, Marcos Antonio Maselli de Pinheiro. A legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 11, p. 213.

⁵³ MOURA ROCHA, José Elias Dubard de. **Interesses coletivos**: ineficiência de sua tutela judicial. Curitiba:

conhecimento individualizado, impraticável: alto custo e ínfimo retorno.

Tradicionalmente, a execução das sentenças proferidas em processos que tutelam direitos individuais coletivamente são submetidas procedimento cuja cognição é, de modo geral, dividida em duas fases distintas, uma, inicial, para as questões jurídicas que permitam tratamento uniforme e que traz como resultado uma sentença genérica, e outra para as questões particulares de cada titular do direito individual tutelado⁵⁴. Nessa última, entende-se enquadrar a execução do quinhão de direitos patrimoniais a que cada titular de direitos individualmente faz jus.

Às vezes, entretanto, essa bipartição do procedimento deixa de fazer sentido, posto que a lesão, individualmente considerada é muito pequena, não justificando ao particular promover sua execução individual nesses casos⁵⁵. Ademais, a execução individual da sentença de condenação genérica guarda um contra senso no processo coletivo: volta, ao final do procedimento, a ocorrer um dos problemas que a técnica da tutela coletiva intentava impedir desde o começo: a multiplicidade de demandas, desta vez, executivas.

Isso sem contar com as dificuldades normalmente trazidas pela propositura de ação de execução em si considerada: a necessidade de contratação de advogado, a demora do processo de liquidação aliado à ulterior execução da demanda, o custo direto e indireto desse processo, a escassez de informações (que faz muitos sequer saberem ter direito à propositura desta execução individual) e outros tantos entraves fazem com que esta solução seja, às vezes, totalmente inadequada para a proteção de interesses individuais homogêneos⁵⁶.

Trata-se de um obstáculo que pode ser transposto, na visão de Sérgio Arenhart, com inovações técnicas de várias ordens, como exemplifica⁵⁷:

Sem dúvida, haverá hipóteses em que a efetivação da sentença coletiva – que imponha o pagamento de soma em dinheiro de forma individualizada aos particulares atingidos – possa ser mais eficiente se dispensado o processo de execução (ou o atual cumprimento da sentença pela via sub-rogatória) e acolhida outra via de realização da ordem judicial. Existe, evidentemente, espaço amplo para a previsão de mecanismos de coerção (ou mesmo para a realização da ordem de pagamento independentemente de processo de execução ou de

Juruá, 2003. p. 164.

⁵⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 37.

⁵⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 225-226.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 227.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 228.

cumprimento da sentença, nos moldes previstos no Código de Processo Civil atual) na tutela de interesses individuais homogêneos.

[...]

Ora, esta mesma solução poderia muito bem ser estendida para a tutela de interesses individuais homogêneos e, especialmente, para hipóteses em que a determinação judicial consistisse no pagamento de soma. Deveras, não há qualquer justificativa para que os comandos judiciais consistentes no pagamento de dinheiro sejam sempre efetivados mediante execução por expropriação. Há vantagens incontáveis na imposição de meios de coerção (ou de indução positiva) ou até de sub-rogação para a proteção de interesses consistentes no pagamento de soma em dinheiro. Como lembra Michele Taruffo, tratando da questão no direito italiano, a possibilidade de obter o adimplemento, evitando, ao mesmo tempo, a complicação, os custos e o risco de ineficácia naturais à execução por expropriação é a grande razão que deveria levar à adoção das medidas de coerção como mecanismos de tutela das “condenações” de conteúdo pecuniário.

Para o autor, a obrigação de pagar soma em dinheiro não pode ser estatuída nas regras processuais como uma “obrigação menor”. Os meios de indução (de coerção e de pressão positiva) e de sub-rogação para a proteção de prestações de fazer, de não fazer e de entregar coisa, devem ser admitidos para viabilizar as prestações de pagar, e, por tal razão, bem merecem previsão expressa nos projetos de códigos brasileiros de processos coletivos também para a tutela de interesses individuais homogêneos, inclusive para aqueles consistentes no pagamento de importância pecuniária⁵⁸.

Premido desse foco inovador, por exemplo, o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos elaborado no âmbito dos programas de pós-graduação da UERJ e Unesa estabelece que, sempre que for possível, o juiz fixará na sentença do processo coletivo o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo, categoria ou classe, procurando, assim, dar maior efetividade e celeridade para a satisfação plena, procurando romper com a sistemática da condenação genérica no processo coletivo e as subseqüentes liquidações e execuções individuais, que acabam sendo complexas e demoradas não sendo sequer realizadas por uma boa parte dos interessados em potencial, devendo, assim, ser deixada para um segundo plano, ou seja, apenas quando for impossível a prolação da sentença líquida⁵⁹.

O não cabimento de execuções individuais derivadas de direitos tributários de pequena monta é proposição racional que deriva do princípio da igualdade, ínsito a esse campo do direito, e da solução homogênea que necessariamente deve ser dada à composição e

⁵⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 229-230.

⁵⁹ CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. Construindo o código brasileiro de processos coletivos: o anteprojeto elaborado no âmbito dos programas de pós-graduação da UERJ e UNESA. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). **Tutela coletiva – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos – 15 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 284.

à recomposição de relações jurídicas tributárias em litígio, posto que essas se originam *ex lege*.

7.3.5.1 Fluid recovery approach

A *fluid recovery* é instituto típico das ações coletivas que permite, em determinadas circunstâncias, que se passe do ressarcimento pelos danos sofridos (regulado pelo Código Civil) à reparação dos danos provocados, na hipótese de o prejuízo individual ser muito pequeno ou as vítimas dificilmente identificáveis⁶⁰.

Uma saída para evitar inúmeros processos individuais de execução contra a fazenda pública objetivando repetições de indébito tributário de pequena monta é o “fluid recovery approach” dependente da sentença judicial na ação coletiva tributária. Um caso exemplo foi retratado por Ronaldo Cunha Campos:

Uma *class action* foi aforada contra uma empresa de táxis, ao fundamento de que alterara seus taxímetros para cobrar tarifas além do permitido. A pretensão foi acolhida e o Tribunal determinou que a empresa reduzisse suas tarifas abaixo da tabela autorizada até que compensado fosse o período em que cobrou além da mesma. O benefício de redução foi recebido por uma comunidade (habitantes de uma cidade) e não se verificou relação direta entre aqueles que pagaram preço indevido e os que receberam um abatimento, ou seja, pagaram preço inferior à tabela. No caso, os beneficiados não foram necessariamente os que suportaram o prejuízo. Verificou-se a despersonalização do ressarcimento. A empresa devolveu o lucro ilícito, mas a uma comunidade e não a um grupo determinado, ou a grupo resultante da soma dos interesses individuais⁶¹.

Para tributos de origem cadastral (IPTU, ITBI, IPVA, ITR, foro de terrenos de marinha, taxas de coleta de lixo, contribuição para iluminação pública etc.), que exprimem a maior parte dos chamados prejuízos tributários de bagatela, o fluid recovery approach a ser intentado tomaria a forma de compensação tributária forçada em lançamentos supervenientes.

Não se trataria sequer de aproximação de cálculo dos prejuízos ocorridos, mas da exata mensuração do indébito e de sua restituição obrigatório por força de decisão judicial, o que tornaria o procedimento pós-sentença menos custoso para o próprio ente tributante e evitaria que o Poder Judiciário fosse abarrotado em um segundo momento, o da execução da sentença, se individual e pulverizadamente fossem intentadas.

Vários posicionamentos jurídicos e dogmas historicamente adotados na história do direito brasileiro podem obstaculizar esse tipo de solução. Um dos principais argumentos

⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). **Tutela coletiva** – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos – 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2006. p. 308.

nesse sentido poderia ser o da disponibilidade do crédito a ser restituído, já que o contribuinte pode, simplesmente, por qualquer razão que seja, optar por não receber aquele valor do Estado. Em suma: “ninguém poderia ser obrigado a, forçadamente, receber de volta o que pagou indevidamente a título de tributo”.

Idéias como essa, por mais absurdas que possam parecer, são argumentos juridicamente válidos, e, para que possam ser superadas, exigem esforço sistemático no plano da *realização* do direito⁶².

Um argumento de combate a tal idéia, por exemplo, poderia ser o tratamento igualitário, decorrente diretamente do princípio constitucional de tratamento tributário isonômico, que vincula as ações do Estado-fiscal e proíbe, mesmo a contragosto do cidadão-contribuinte, que a medida de devolução de indébito seja efetivada “a pedido”. Deveria a repetição de indébito, como já há muito tempo opinam alguns doutrinadores, ser obrigatória e ampla, sem necessidade de solicitações por parte daquele que teve seu patrimônio desbastado por ato ou lei declarados inválidos⁶³.

7.4 Ações coletivas nos juizados especiais cíveis

Dentre as várias técnicas processuais que permitem elastecer o acesso à justiça, uma das principais e mais comumente prevista em diversos ordenamentos são as chamadas cortes de pequenas causas. É uma boa opção para ampliar o acesso à justiça tributária no Brasil?

Criados em 1995 como instrumento para facilitar o acesso à justiça no Brasil, os juizados especiais logo se disseminaram por todo o país. Segundo a Lei nº 9.099, que os instituiu:

Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:
I – as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo;

⁶¹ JOHNSON JR., *apud* CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Ação civil pública**. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 94-95.

⁶² GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Interpretação criativa e realização do direito**. Recife: Bagaço, 2000. p. 175-176, fala sobre realização do direito: “Constatamos, porém, ser deveras limitada a perspectiva metodológica de se vislumbrar no pensamento problemático uma mera “reserva técnica” colocada à disposição do realizador do direito para utilização naqueles casos em que o ordenamento não fornece, num primeiro momento, uma decisão para o caso concreto que se apresenta. Afastados os exageros da tópica, observa-se que a atividade do decisor não se esgota num correto compreender, mas num justo decidir. Não se limita a realização do direito a um ato simplesmente hermenêutico, não encontrando o pensamento jurídico o seu objeto problemático na mera interpretação do direito vigente, mas essencialmente na decisão do caso concreto.”

⁶³ Como exemplo, MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 332, para quem, o correto seria o fisco promover a restituição de maneira espontânea, uma vez identificado o indébito.

- II – as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil;
- III – a ação de despejo para uso próprio;
- V – as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.

Apesar da competência razoavelmente ampla, algumas matérias restaram excluídas da apreciação por meio do procedimento célere dos juizados, em ressalva feita no texto da mesma lei:

§ 2º Ficam excluídas da competência do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da fazenda pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial.

Apesar da má técnica legislativa⁶⁴, vê-se que os assuntos concernentes a relações jurídico tributárias ficaram todos, independentemente dos valores envolvidos na causa, identicamente excluídos do âmbito dos juizados especiais.

Análise superficial do escopo da lei poderia indicar que (a) a matéria tributária foi excluída por apresentar características específicas que não a tornam passíveis de rito célere; ou (b) a ideologia legislativa dá, ainda, bastante proeminência à posição da fazenda pública, não a colocando “em risco” perante novidades processuais.

Poderia indicar, mas, análise sistêmica mais abrangente indica que nenhuma dessas alegações procede. Isso porque a Lei nº 10.259/2001, que institui os juizados especiais no âmbito da justiça federal, não faz restrição geral à apreciação de causas tributárias, excetuando, porém, as execuções fiscais (art. 3º, § 1º, I)⁶⁵.

Frente a essa estruturação legislativa, pergunta-se: as causas tributárias de bagatela poderiam/deveriam ser levadas aos juizados especiais cíveis? Ou então: ações coletivas que veiculassem essas causas poderiam/deveriam ser levadas a esses juízos?

Alguns autores já se dispuseram a responder parte dessas indagações. Geisa de Assis Rodrigues, no seu livro “Juizados especiais cíveis e ações coletivas”, afirma que grande parte das demandas individuais levadas aos juizados especiais tem repercussão metaindividual, e que, trazer essa concepção de direitos coletivos para dentro dos juizados

⁶⁴ O termo direito fiscal, apesar de antigamente ser usado como sinônimo de direito tributário (nesse sentido, BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 16 ed. atual. por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 37), foi abandonado pela doutrina e pela técnica legislativa brasileira, que usa o termo “tributário”. Na Europa, entretanto, os termos tributário e fiscal ainda são usados como sinônimos.

⁶⁵ De maneira geral, mesmo antes do advento da Lei nº 9.099/1995, e baseados no texto constitucional de 1988, que diz, em seu art. 98: “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”, alguns Estados (Santa Catarina, Mato Grosso do Sul e Rio

especiais significaria “abrir os olhos para to mundo que está fora dos autos”, alargando, assim as via de acesso à justiça no país⁶⁶. A autora não faz nenhuma restrição às causas tributárias serem apreciadas nesses juízos (restringe apenas certas causas: penais, trabalhistas e aquelas de competência da justiça federal⁶⁷), para ela, desde que sejam “causas de menor complexidade”, e, por isso, não demandem intrincadas instruções probatórias, racional seria sua apreciação via esse rito diferenciado. Assevera a patente vocação comunitária dos juizados e que a permissão de causas individuais em seu âmbito pode ser fator de desmobilização das causas coletivas (desde que por essas possam ser encampadas)⁶⁸.

Realmente, e por um ângulo não muito discorrido em seu trabalho, a “coletivização” de certas demandas no âmbito dos juizados especiais cíveis contornaria graves problemas de economicidade e de acesso à justiça que ainda pairam como problema insolúvel em nosso país.

Exemplo: nos prejuízos bastante ínfimos, sendo ou não de natureza tributária, permaneceria o desinteresse dos interessados em “buscar seus direitos”, isso porque o desgaste em termos gerais de tempo e dinheiro não faria compensar o valor que se quer recuperar por esta via judicial. Um prejuízo de R\$ 10,00 (dez reais), com certeza não animaria quase ninguém a dirigir-se ao local adequado, apresentar sua “queixa”, aguardar uma sessão de conciliação e, provavelmente, retornar para um julgamento final. Os “custos” dessa demanda continuariam altos e desproporcionais ao valor que se intenta ressarcir. O mesmo se diga para a estrutura judiciária: quanto se mobilizaria, em recursos públicos, para se fazer ouvir uma demanda economicamente desprezível como essa?

Ou seja, mesmo nos chamados “tribunais de pequenas causas”, há causas muito pequenas para serem tratadas a contento, de maneira individualizada. Se levado a cabo a implementação do princípio da economicidade – que, apesar de não ser um princípio constitucional explícito, compreende-se embutido na noção de “eficiência”⁶⁹, e deve ser seguido por toda a Administração Pública brasileira –, qualquer análise que fosse feita sobre esses “direitos de bagatela” conduziriam a solução processual para os caminhos das ações

Grande do Sul) criaram juizados especiais excluindo de sua competência as causas de natureza tributária.

⁶⁶ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Juizados especiais cíveis e ações coletivas**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 98.

⁶⁷ Quando seu livro foi escrito, ainda não havia previsão legal para instalação de juizados especiais na justiça federal.

⁶⁸ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Juizados especiais cíveis e ações coletivas**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 113-114.

⁶⁹ BRASIL, Constituição Federal. Art. 37. “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”.

coletivas, pois, só nestas, a veiculação dessas pretensões mostra-se viável economicamente, tanto sob o enfoque do Estado-juiz e seus custos de operação, quanto sob o enfoque dos litigantes-autores e seus custos de demanda.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, que se dispôs a estudar a acessibilidade, a operosidade, a utilidade e a proporcionalidade adotados nos juizados especiais e nas ações coletivas (em uma perspectiva comparativa), assevera que a ótica dos custos no acesso à justiça não pode ser esquecida⁷⁰:

Antes, é justamente em razão da estrutura econômica que o processualista deve se pôr a pensar com o escopo de desenvolver instrumentos jurídicos mais eficientes que demandem o menor esforço (e gasto) possível, sempre com a preocupação de não desprestigiar as garantias fundamentais. A presente análise é devida relevante. No momento de se discutir a legitimidade, por exemplo, não é possível descurar que vivemos em uma sociedade pobre, em que a maioria da população [...] é excluída do Judiciário. Usar de formalismo ou simplesmente de rigidez na aferição de legitimidade é não apenas negar acesso à justiça por meio direto, mas também por meio indireto, pois acarreta uma sobrecarga de ações individuais, que sobrecarregam um já assoberbado Judiciário, extremamente carente de recursos, que poderiam ser transferidos destas ações individuais para outros setores mais relevantes.

Nas idéias de Geisa Rodrigues vê-se razoabilidade na afirmação de que demandas de natureza transindividual podem sim, ser causas cíveis de menor complexidade⁷¹. Por outro lado, as questões tributárias, por mais ínfimos sejam os valores envolvidos, quase sempre envolvem matéria de certa complexidade, cuja apreciação e instrução probatória mostrar-se-iam incompatíveis com o rito e com a oralidade dos juizados especiais.

O enquadramento da apreciação das demandas tributárias no ambiente dos juizados especiais desborda da regra geral das “causas de menor complexidade” não tanto por conta dos valores envolvidos, que realmente podem ter expressões patrimoniais diminutas, mas por conta do número de lesados que podem se reunir no pólo ativo da demanda.

Se a abertura aos juizados ocorre de maneira individual, inviabilizada seria a oferta de prestação jurisdicional nesses órgãos, que correriam sério risco de serem abarrotados de lides, travando suas pautas. Se a abertura dá-se de maneira “coletiva”, tal risco não existiria, mas, em contrapartida, como discorrido, nem todas as pretensões poderiam ser apreciadas a contento num rito tão célere, ainda mais aquelas dependentes de provas de atos administrativos e interpretação de diplomas legais bem mais complexos que a média da legislação positiva em si.

⁷⁰ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 60.

⁷¹ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Juizados especiais cíveis e ações coletivas**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 32-41.

Certamente, permitir levar causas de menor complexidade para serem submetidas ao rito célere dos juizados especiais cíveis é uma técnica que não deve ser subestimada. Sua aplicação pode, efetivamente, diminuir a litigiosidade reinante na esfera tributária e prover prestações judiciais de modo rápido, principalmente para questões repetitivas como as tributárias, mas não resolve todos os tipos de problemas oriundos desse tipo de pretensão. É uma técnica com limitações óbvias, “acima” e “abaixo” dos parâmetros de atendimento judicial que a lei lhe reserva. Acima, no que diz respeito a causas um pouco mais complexas, ou de valor não desprezível; abaixo, no que diz respeito a causas que, por terem um valor tão pequeno, ou por serem repetidas em intensidade tal, inviabilizam que sejam apreciadas de maneira individual.

Mesmo se houve previsão para a apreciação das causas tributárias nos juizados especiais, estes não contornariam ou seriam suficientes para solucionar as lides massivas. Isso porque o escopo principal dos juizados especiais são as causas pequenas, não as causas massivas e absolutamente repetitivas.

Franquear o acesso para a discussão de lides tributárias de bagatela no âmbito dos juizados especiais cíveis não soluciona o problema do acesso à justiça e, pior, pode causar o abarrotamento completo dessas instâncias judiciárias, asseverando, ainda mais, a problemática do custo-benefício das decisões que porventura seriam exaradas. Trazer para o âmbito dos juizados especiais as pequenas causas tributárias, sem o devido revestimento do processo coletivo, apenas aumentaria a probabilidade de piora da prestação jurisdicional e tenderia a inviabilizar o funcionamento desses juízos, abarrotando-os com inúmeras lides que demandariam exaustivas apreciações individualizadas por parte do órgão decisor.

Ter-se-ia apenas a ilusão do franco acesso à justiça pela “democratização das causas”, entretanto, cabe salientar que “a virtude da justiça dos procedimentos, todavia, não se esgota na maximização da participação equitativa dos sujeitos, eis que tal, no limite, poderia apenas reforçar a dimensão meramente lúdica do processo”⁷².

O pleno acesso à justiça não se viabiliza por regras meramente formais, nem pela abertura das portas dos tribunais a todos quanto necessitem de prestação judiciária. Vai além, e exige procedimentos adequados e cada vez mais sofisticados e maleáveis para acomodar os diversos tipos de pretensão que possam vir a juízo.

⁷² RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. **Direito e processo: razão burocrática e acesso à justiça**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 187.

7.5 Ações coletivas no projeto do Código de Defesa do Contribuinte

Os estudiosos, no tocante ao tema, concentram-se no fortalecimento da situação jurídica do contribuinte perante o Estado (direitos materiais: boa fé, certeza do direito, direito à informação, controle da execução legal, paridade de tratamento jurídico etc.), sem maiores preocupações quanto à regulamentação da processualidade administrativa ou mesmo judicial. O que destoava da publicização do direito, esta que culminou, na Constituição Federal brasileira, por processualizar a atividade administrativo-tributária, conferindo-lhe garantias antes previstas apenas para o processo judicial⁷³.

Se há reclamações bastante ásperas no Brasil quanto à falta de sincronia dos sistemas tributários estaduais, municipais e federal, e ao emaranhado burocrático e legislativo gerado pela falta de entrosamento dos fiscos das três esferas federativas, não se verifica a mesma contundência ao criticar a falta de vetores procedimentais e processuais tributários que, acaso existissem, poderiam trazer ao país enormes avanços de cidadania fiscal e tratamento equânime e racional aos litigantes desta seara.

Falta uma política clara de ajustamento processual. Pode-se dizer, até, que se resente a falta de um Código de Processo Tributário, ou pelo menos, de um diploma que faça as vezes de um código ou de uma tratativa mais generalizada sobre normas processuais tributárias.

A falta de racionalidade nas regras materiais começam a ser atacadas: exigências de equalização normativa permeiam as propostas de reforma tributária e alguns movimentos mais organizados de setores produtivos. Entretanto, no âmbito processual, apesar das conquistas que se tenta implementar via “estatutos de contribuinte”, há ainda, um grande vazio normativo, e um embaralhamento de regras em nível tal elevado quanto o que se verifica com as normas materiais.

No dizer de José Lopes, lidar com ações coletivas e dar-se conta de que há problemas relativos ao bem comum: “nas ações coletivas, normalmente ou muitas vezes, o que interessa não é a defesa de bens públicos já existentes, mas é a criação do bem público que não apareceu ainda”⁷⁴. Exatamente a situação em que se encontram os direitos tributários de bagatela: porque ninguém os reclama, ou porque, efetivamente, não há como os reclamar, é

⁷³ BRASIL, Constituição Federal. Art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁷⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. A definição do interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 97.

através da previsão de tutela adequada no processo coletivo que tais direitos podem vir a ter relevância social e jurídica e tornarem-se um novo bem público, a exigir cautelas de quem os impõe aos contribuintes, isto é: exigir que a fazenda pública mantenha-se num melhor nível de conformidade com os direitos do cidadão, não os espezinhando sequer quanto a pequenas quantias, posto que, agora, poderão ser reclamadas.

Há pontos de referência entre os direitos materiais que os estatutos de contribuinte objetivam afirmar e a processualística coletiva? O direito material tributário, historicamente fundado na premissa da liberdade e, por isso mesmo, individualista, pode ser compatibilizado com as regras processuais coletivas que o Projeto do Código de Defesa do Contribuinte irá implementar caso venha a ser aprovado?

Os instrumentos processuais encartados nos estatutos de contribuintes, assim como aqueles presentes em qualquer diploma legal que vise sedimentar garantias constitucionais, são importantes por facilitar o direito de defesa no contexto de um acesso amplo à justiça. Importância essa que deve ser mensurada mais pela sua potencialidade de uso, pela sua virtualidade, do que pela sua efetiva utilização⁷⁵.

A compatibilização dessa sistemática coletiva presente no estatuto do contribuinte deve ser comparada com outra que, concomitantemente, intenta-se implantar no ordenamento jurídico brasileiro, o código de processo civil coletivo, já analisado. Só o cotejo analítico dessas duas possibilidades, visto adiante no capítulo que trata da tutela coletiva dos direitos tributários, poderá desanuviar o panorama que se descortinará em futuro próximo sobre o processo tributário do país.

Uma grande limitação ao acesso à justiça é a posição relegada do processo administrativo tributário na estrutura governamental dos entes federativos brasileiros. Isso apesar de se reconhecer sua agilidade maior, o acertamento das decisões pela tecnicidade dado a especialização dos órgãos, bem como a desobstrução do Poder Judiciário causada pelo acatamento de suas decisões.

O contorno dessa limitação passa pelo prestígio da busca da verdade material que conduz o contribuinte até a lide, da utilização do processo administrativo como fonte material e formal de direitos em face do Estado, vislumbrando a via administrativa como tão importante quanto o recurso a qualquer dos poderes. Há como fortalecer o contencioso administrativo trazendo para este, a legitimidade da participação popular.

⁷⁵ Cf. WATANABE, Kazuo. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 781.

Realmente, nada justifica a subutilização do aparato administrativo em matéria de verificação do cabimento de exigências de natureza tributária. O aperfeiçoamento dos órgãos administrativos encarregados de apreciar questões tributárias é a solução mais lógica, racional e econômica para prevenir dispendiosas ações judiciais .

É fato a preocupação da ciência política, e também do direito, com as estruturas da democracia representativa, cada vez mais carcomidas e questionadas, o que sobreleva a figura da participação pelo processo como instrumento privilegiado de legitimação do poder, dando curso a um novo tipo de legalidade – a legalidade procedimental. Segundo afirma Luís Antunes⁷⁶:

A função do processo no Estado contemporâneo não é tanto a defesa do indivíduo, que encontra facilmente uma sede bastante segura na tutela jurisdicional, mas é sobretudo o de canalizar e resolver potenciais conflitos sociais entre a sociedade e o Estado, de construir o elemento essencial da legitimação de uma Administração democrática e eficaz. A democratização do exercício do poder através da participação pressupõe que esta se traduza, mediante a sua canalização através de “procedimentos justos”, numa influência qualitativa no resultado das decisões.

Uma das premissas de afirmação da democracia contemporânea é o alargamento das bases de participação orgânica do cidadão na ação administrativa, conseguida através da presença dos representantes dos interesses de categorias ou classes – interesses superindividuais – no interior dos órgãos públicos, procurando dar mais legitimidade à existência destes. O processo administrativo configura um canal privilegiado para realizar o controlo da atividade administrativa e para minorar a “condição de estranhos” dos cidadãos em relação ao exercício dos poderes da Administração Pública, e, nisso, serve de instrumento privilegiado de participação⁷⁷.

O processo administrativo, assim como o processo judicial, assenta-se nos princípios constitucionais, para assegurar a justiça administrativa. Entretanto, ambos continuam dirigidos quase que exclusivamente para as situações jurídicas subjetivas, personalizadas e individualizadas.

Pensando em contornar tal problema, também no âmbito do processo administrativo tenta a sociedade organizada avançar com as ações coletivas. O Projeto de Lei Complementar nº 646, oriundo do Senado Federal, transporta para o processo administrativo tributário a sistemática das *class actions* estatuída no CDC e na LACP:

⁷⁶ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **A tutela dos interesses difusos em direito administrativo**: para uma legitimação procedimental. Coimbra: Almedina, 1989. p. 80-81.

⁷⁷ Cf. ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **A tutela dos interesses difusos em direito administrativo**: para uma legitimação procedimental. Coimbra: Almedina, 1989. p. 137-138.

Capítulo VI – Da Defesa do Contribuinte

Art. 47. A defesa dos direitos e garantias dos contribuintes poderá ser exercida administrativamente ou em juízo, individualmente ou a título coletivo.

§ 1º. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, a lei, 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 desta lei, 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.

§ 2º. Para os fins do § 1º deste artigo, são legitimados concorrentemente:

I – o Ministério Público; e,

II – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses, direitos e garantias protegidos por esta lei, dispensada a autorização assemblear.

§ 3º. O requisito de pré-constituição a que se refere o § 2º deste artigo pode ser dispensado pelo Juiz quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 4º. Nas ações coletivas a que se refere este artigo não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais ou quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

§ 5º. Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Art. 48. Para a defesa dos direitos e garantias protegidos por esta lei são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, observadas as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

O estágio em que se encontra o desenvolvimento do processo administrativo tributário no Brasil não autoriza dar um salto tão grande como este. Não foi feliz o Projeto ao aproveitar uma sistemática processual existente, já com bom histórico de aplicação, mas com inconsistências razoáveis e falhas sistêmicas bastante criticadas pela doutrina que, como já estudado, propõe inúmeras alterações na processualística coletiva prevista no CDC e na LACP, prevista no CDC e na LACP, propondo a feitura de um código brasileiro de processo coletivo, arrazoando como motivação a insuficiência do modelo de ações coletivas hoje existente no país.

Ou seja, o projeto de estatuto do contribuinte tenta trazer para o direito tributário uma modelagem de tutela que já se mostra ultrapassada – ou em vias de – no processo judicial. Há um descompasso entre as duas propostas (os dois projetos: estatuto e código coletivo), demonstrando a falta de harmonia existente entre os processualistas tributários e os processualistas “comuns”. Em verdade, há pouca interpenetração entre esses campos de estudo, cujos pontos comuns, no mais das vezes, restringem-se aos tópicos principais e ao realce da figura dos princípios processuais e constitucionais em ambas as esferas de saber.

Não que seja impossível introduzir ações coletivas no âmbito do processo administrativo, visto que outros países já fizeram⁷⁸⁻⁷⁹, mas não se pode simplesmente incorporar procedimentos adequados a outros tipos de objeto (consumidor) e esperar que funcionem sem que haja algum tipo de conformação com a complexidade do processo administrativo e com as causas tributárias.

Ademais, o uso puro e simples do procedimento estipulado na LACP e no CDC em lides tributárias mostrou tantos inconvenientes que foi rechaçado tanto pela jurisprudência quanto pela legislação. A tentativa de reviver essa história, tal como se deu no fim da década de noventa, está fadada ao fracasso. Não é com uma simples “canetada” legislativa que se aproxima o processo administrativo das ações coletivas. Esses dois temas são por demais complexos para simplesmente serem “unificados” pura e simplesmente de uma hora para outra.

Muitas discussões ainda terão que ser feitas e há muito caminho a ser trilhado na academia e na práxis para dar uma conotação coletiva ao processo administrativo tributário brasileiro.

É de se ressaltar que no Brasil, em virtude de a Constituição Federal de 1988 ter previsto competência concorrente em matéria de procedimentos e processo, para a União, Estados e Distrito Federal (art. 24, XI), nada impediria que estes entes federativos dessem passos largos em matéria de processo administrativo coletivo, assim como, a título suplementar, nada impediria que também os Municípios legislassem a esse respeito, abrindo precioso espaço a mecanismos destinados a prevenir e resolver conflitos de natureza tributária, para, a médio prazo, intentar uma legislação nacional mais complexa e estruturada.

⁷⁸ Em 24 de abril de 2006, um novo Código de Processo Contencioso Administrativo foi aprovado na Costa Rica. Entrará em vigor em 1º de janeiro de 2008. Interessa analisar o seu art. 10, que confere legitimidade, dentre outros casos, às instituições de direito público, entidades e corporações que patrocinem a defesa de interesses de caráter geral, agremiativo ou corporativo, e os grupos regidos por algum estatuto para a defesa de interesses coletivos, assim como àqueles que invoquem a defesa de interesses difusos ou coletivos. O código costa riquenho (Decreto Legislativo nº 8.508, de 28 de abril de 2006), previu também, em seu art. 201, reformar o Código de Normas e Procedimentos Tributários, cujas regras processuais passam a submeter-se ao Código de Processo Contencioso Administrativo, abrindo possibilidade para que a tutela jurídica das relações tributárias possa dar-se pela via do processo coletivo.

⁷⁹ Cf. LIEBMAN, Benjamin. Las acciones colectivas en China. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). **Procesos colectivos**: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 2004. p. 431, relata que, na China, a Lei de Litígios Administrativos, que regula as demandas controvertendo ações governamentais não permite explicitamente o processo coletivo da demanda. Mesmo assim, demandantes têm instaurado numerosas ações coletivas de cunho tributário, escorados nas regras gerais da Lei de Processo Civil, que prevê expressamente as ações de classe. Cita um exemplo de Sishuan, em que trinta e duas famílias demandaram o governo local por impor excessivas taxas aos aldeões: a corte seguiu as diretivas processuais coletivas da lei processual geral, aplicando-a

CONCLUSOES

Acesso à justiça

O conceito contemporâneo de acesso à justiça expande o poder jurisdicional do Estado, embutindo, além das finalidades clássicas do processo (substitutividade, atuação da vontade concreta da lei, justa composição da lide etc.), outras como a pacificação com justiça, a conscientização, a informação dos direitos de cidadania, a participação democrática, a preservação dos valores fundamentais individuais e coletivos, transmutando, nessa perspectiva a justiça formal, de cunho individualista, em justiça garantística, calcada em procedimentos céleres, na procura de resultados de alcance social.

O acesso à justiça passa do degrau de acesso formal ao Poder Judiciário para outro patamar, de acesso à tutela jurídica adequada (“justa”), garantido nas modernas constituições como princípio-síntese: objetivo final do processo, e, portanto direito fundamental.

Concomitantemente à constitucionalização das garantias processuais, a justiça tributária adequa-se à transformação da relação jurídico tributária, de uma relação de força e submissão, típica da liberalidade asseguradora da liberdade (Estado-súdito), para uma relação de cidadania, típica do asseguramento da igualdade e da distribuição dos ônus sociais da contemporaneidade (Estado-cidadão). Para tanto, deve manter sempre um estreito liame com o direito processual. E assim, tanto na aplicação quanto na defesa dos direitos materiais expressos nas leis tributárias, o legislador, que promulga dispositivos fiscais materiais, deve sempre ter o cuidado de instituir dispositivos procedimentais que possibilitem a imposição do direito material¹.

O escopo de acesso à justiça, quando trazido para o âmbito do direito processual tributário, extrapola os limites deste, no sentido de incutir no legislador maior interesse pela busca de instrumentos que viabilizem soluções de conflito de maneira rápida e pouco onerosa, tanto para o fisco quanto para o cidadão.

A análise do acesso à justiça tributária, vistas suas motivações históricas e principiológicas, carece de aproximar mais o foco sobre o modo de ser das normas tributárias e sobre como elas fazem aflorar litígios em larga escala, para poder melhor compreender o

¹ TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 25.

problema e vislumbrar soluções.

A importância política das ações coletivas

O alcance das ações coletivas foi potencializado pelo conteúdo programático da Constituição Federal de 1988. Mas esse novo modelo processual, avançado e baseado em paradigmas de participação popular bastante acurados, não tardou a chocar-se com a realidade de exclusão de direitos em que vive o Brasil. Reações não tardaram a acontecer, pois, em pouquíssimo tempo, entidades e associações, atores da sociedade civil, foram levados ao palco da participação democrática pelo processo, postulando ao Estado a efetivação de direitos conferidos demagogicamente a diversos segmentos sociais e, solenemente, de fato, negados aos seus destinatários.

É nesse contexto, principalmente no que toca ao controle de políticas públicas, que a participação democrática pelo processo enraizou-se no ordenamento. O uso das ações coletivas tornou-se um instrumento de influência na gestão de políticas públicas. Significa também que elas se tornaram um instrumento informador da opinião pública, e não apenas da implementação de direitos patrimoniais.

Litigiosidade contida e participação democrática

A relação fisco-contribuinte é um epicentro de conflitos, judicializados ou não, uma das maiores fontes daquilo que comumente se chama de “litigiosidade contida”. Vários fatores contribuem para isso: a complexidade crescente do sistema tributário (reflexo de uma sociedade também complexa e segmentada); a desconfiança na estrutura administrativa e nos políticos de forma geral; o sentimento de que a carga tributária é desmedida e excessiva e de que os recursos são desperdiçados pela má gestão ou desviados pela corrupção; a falta de transparência etc.

Tudo isso compromete o grau de compreensão e de conhecimento do todo, assim como a atitude dos contribuintes a respeito da efetividade do sistema tributário, influencia substancialmente na atitude de contribuir com o sustento dos gastos públicos. Quanto mais complexo ou sofisticado, maior será a litigiosidade observada, e nesse ambiente, a legitimidade torna-se uma necessidade de sustentação do próprio sistema. Legitimidade substantiva e legitimidade dos procedimentos adotados, desaguando em maior participação democrática na Administração Tributária, idéia que se prende à justificação dos

procedimentos de decisão, que devem atender a requisitos como a valoração dos fins das normas tributárias.

A legitimidade do sistema, calcada na participação democrática, amortece a pressão exercida pela litigiosidade contida das relações jurídico-tributárias, funcionando como “válvula de escape”, prevenindo ou solucionando de forma mais célere litígios judicializados ou não. É a expressão moderna do *no taxation without representation*, contexto em que os procedimentos administrativos, os meios efetivos de defesa do contribuinte e as garantias constitucionais desempenham papel fundamental no acesso à justiça tributária e no esvaziamento da litigiosidade.

A participação ativa do contribuinte é meio eficaz de combater o sentimento de ilegitimidade de todo o sistema, esvaziando as pressões sociais que recaem sobre qualquer estrutura de exação patrimonial forçada instituída pelo Estado. Dois modos de solução deste problema parecem propiciar mais legitimidade às cobranças governamentais. Primeiro, a participação política em si mesma; segundo, o processo.

Afinal, até o constitucionalismo e a defesa das liberdades tal como hoje concebidos, deitam origens no problema do consentimento ao exercício do poder de tributar (Magna Carta). Fazer-se ouvir pelo processo é uma forma de participação democrática, pois, mesmo as democracias mais avançadas não podem evitar totalmente os déficits de representação política.

A democracia de direito exige estruturas processuais adequadas aos anseios dos jurisdicionados, em vez de somente privilegiar o litigante melhor representado e com maior poderio socioeconômico. O formalismo deve ser vencido, e as velhas concepções individualistas e formalistas do período liberal, sepultadas. Hoje, é a questão do acesso à justiça que funciona como ponte entre o processo civil e a justiça social.

E, nesse ponto, novas técnicas processuais, como as ações coletivas, desempenham importante papel político e social, pois guardam estreita relação com a democratização do acesso à justiça.

A colocação do direito tributário na quadratura das ações coletivas evita que este continue a ignorar que, no Estado democrático de direito, a lei tem como pressuposto e justificação, a justiça, e que o funcionamento do Estado deve promover a participação dos cidadãos também na Administração Tributária.

Necessidade de tutela coletiva no âmbito tributário

A inexistência de uma regra, a inexistência “de fato” de determinado tipo de tutela, apesar de transbordar o direito positivo, interessa sim à ciência jurídica, pois sem o vislumbre de modelos ideais, não há como direcionar os estudos rumo a sistemas processuais “mais efetivos”. Daí a importância dos estudos de direito e legislação comparados e da proposição de soluções inovadoras, mesmo que importada de sistemas estrangeiros.

A densificação da jurisprudência e o arcabouço legal protetivo em redor da fazenda pública que foram montados nas últimas décadas, visando afastar a apreciação coletiva de demandas tributárias, exigem superação que não passa nem por reinterpretções normativas por parte dos tribunais superiores (a essa altura já bastante vinculados às suas decisões passadas), nem pela derrogação das modificações restritivas impostas pelo Poder Executivo ao objeto das ações civis públicas.

Um novo procedimento, um procedimento adequado às pretensões “de classe” tributárias faz-se necessário. E é exatamente nesse sentido que vem trabalhando os *experts* do direito processual, ao desenvolverem as propostas de um código brasileiro de processo coletivo, e os grupos de pressão em defesa dos direitos do contribuinte, ao proporem um estatuto do contribuinte brasileiro, um “Código de Defesa do Contribuinte”.

O maior parâmetro de configuração processual para a tutela de prejuízos sofridos coletivamente em larga escala é o que foi estruturado no CDC quanto à tutela de direitos individuais homogêneos, derivados das *class actions for damages* do direito norte-americano. É esse modelo de ação de classe que deve balizar o trabalho dos pensadores e ser entronizado no âmbito tributário de modo harmônico, compatibilizando as estruturas de julgamento tanto da esfera administrativa quanto da judicial.

Os direitos tributários, concebidos pela doutrina e jurisprudência majoritária como direitos individuais homogêneos, bem se encaixam nesse modelo de tutela, que, como visto, trata-se de um “modelo exportável”, e bem absorvido em inúmeros ordenamentos mundo afora, inclusive no Brasil. Seu núcleo de objetivos precípuos – acesso à justiça, economia processual, equalização da força processual das partes e efetivação dos direitos materiais – deve nortear a busca pelo tipo de tutela que mais seja adequado às pretensões postas em juízo.

Restaram carentes de tutela os “direitos tributários de bagatela”, inviáveis pelo custo da demanda. Uma lacuna no ordenamento brasileiro, que não disponibiliza meios processuais adequados para efetivar esses tipos de direito material, negando tutela e

confrontando o mandamento constitucional de acesso à justiça de modo amplo.

“A ação de classe é um dos poucos remédios legais de que os pequenos litigantes dispõe contra aqueles que comandam o *status quo*”. Essa frase, usada na motivação de uma decisão judicial de uma corte federal norte-americana exarada numa *class action*, resume o poder conferido ao indivíduo no âmbito do processo coletivo.

Um dos pilares das *class actions* é o porquê da adoção do procedimento coletivo, aceito somente nos casos de impossibilidade de fato de unir todos aqueles interessados no processo (os que poderiam ser partes), ou nos casos de atravancamento do processo por peculiaridades procedimentais insuperáveis no contencioso multitudinário. Trata-se de uma questão de “necessidade”.

Pela via da *class action*, um ou mais sujeitos podem acionar ou serem acionados em seu próprio nome e de outros que tenham interesses assemelhados. Em outras palavras, um grupo maior (a classe) de indivíduos é representado por um de seus integrantes ou parcela menor de seus membros. Entre os pressupostos objetivos da *class action*, o número elevado de sujeitos é o dado que determina a eficiência e a economia processual do instrumento, impedindo a multiplicidade de ações, e o normalmente pequeno valor do interesse individual em questão é o dado de justiça social, evitando, pela via da aglutinação dos micro-conflitos, o enriquecimento sem causa do réu (no caso, o Estado).

As *class actions* ressaltam os princípios do acesso à justiça e da economicidade processual e judicial, que almejam facilitar o tratamento processual de causas pulverizadas, que seriam de diminuto valor individual, e, também, obter a maior eficácia possível das decisões judiciais. Tudo isso somado aos objetivos de resguardar a economia de tempo, esforços e despesas e de assegurar a uniformidade das decisões. Trata-se de uma técnica processual de reconhecida eficácia no tratamento coletivos de direitos individuais homogêneos que, em verdade, o ordenamento nacional já adotou, pois conta com uma espécie de ação de classe (arts. 91 a 100 do CDC), e que pode servir de modelo para procedimentos específicos voltados para lides tributárias.

Ação coletiva em matéria tributária como instrumento de acesso à justiça

A tutela dos direitos coletivos, cujas premissas básicas de funcionamento envolvem critérios procedimentais específicos para averiguar a legitimação para agir e estender a coisa julgada para além das partes que se fizeram ouvir de fato no processo, é

viabilizada no Brasil por uma série de leis processuais esparsas e pela própria Constituição Federal (ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de constitucionalidade, mandado de segurança coletivo etc.).

Nem todas, obviamente, prestam-se à tutela de direitos tributários. Aliás, o enquadramento das pretensões de defesa tributária no sistema processual coletivo brasileiro é bem restrito. Aparentemente, apenas três tipos de ações podem apreciar causas dessa natureza: o controle concentrado de constitucionalidade, o mandado de segurança coletivo e a ação civil pública. Devido às peculiaridades dessas “ações”, apenas a ação civil pública poderia ser “mais viável” para tutelar direitos tributários, e isso chegou a ser tentado, sem, contudo, lograr êxito a introdução de ações de classe para a tutela desses objetos no Brasil.

A estruturação legislativa e judicial do país ainda é fortemente vinculada aos antigos modelos liberais, o que fez com que, a partir do último quartel do século passado, no descompasso entre um sistema judiciário arcaico, enraizado na solução de conflitos interindividuais, e adequado somente para sociedades estabilizadas e integradas, aflorasse a deficiência total desse modelo no contexto de um Brasil industrializado, complexo e extremamente desigual.

Se o aumento da litigiosidade é consequência direta da evolução de uma sociedade de consumo e de massas, percebe-se no fenômeno um incremento, também, da complexidade dos conflitos coletivos levados a juízo.

A redução do grau de litigiosidade, se de um lado exige maiores espaços de exercício da cidadania pelo processo, com alargamento das vias de acesso à justiça; de outro, faz premente a conscientização da importância de se judicializar somente aqueles conflitos que restarem insuperáveis no confronto de interesses e direitos, o que exige do legislador avanços no sentido de melhor equacionar e delimitar as questões processuais e os objetos de litígio. Visa-se, assim, uma otimização anterior à judicialização, o que contribuiria para abreviar os processos porventura iniciados e dar mais presteza à solução judicial.

É fato a preocupação da ciência política, e também do direito, com as estruturas da democracia representativa, cada vez mais carcomidas e questionadas, o que sobreleva a figura da participação pelo processo como instrumento privilegiado de legitimação do poder, dando curso a um novo tipo de legalidade – a legalidade procedimental.

Nesse aspecto, é importante arquitetar procedimentos administrativos tributários de massa por várias razões: pela complexidade cada vez maior das relações jurídicas tributárias; pela economicidade do trato coletivo dessas questões num âmbito que antecede a

formação do litígio judicial; pela resposta mais rápida aos pleitos e à solução das lides que pode surgir das composições processuais administrativas.

O alargamento dos meios de acesso à justiça tributária é insuficiente para a solução da litigiosidade contida na seara tributária. Isso porque simplesmente levaria ao Poder Judiciário lides que, de outra forma, não se exteriorizariam, basicamente por que o processo não teria utilidade econômica nenhuma, já que ninguém se dispõe a litigar por centavos.

Corre-se o risco de, contornado o problema processual, e acatada pelo ordenamento a tutela coletiva em matéria tributária, de uma hora para outra, uma “chuva” de demandas desabe sobre os juízes. Demandas represadas de há muito.

De nada adianta promulgar estatutos solenes com “novos direitos de contribuinte”, se as regras processuais desses estatutos e o modo de ser do processo administrativo não forem, também, gestados numa concepção de solução de conflitos coletivos ampla e concatenada (administrativa e judicial), sob pena de abarrotar o Judiciário com novas causas que não encontram solução adequada no campo da relação fisco-contribuinte.

Realmente, nada justifica a subutilização do aparato administrativo em matéria de verificação do cabimento de exigências de natureza tributária. O aperfeiçoamento dos órgãos administrativos encarregados de apreciar questões tributárias ainda é a solução mais lógica, racional e econômica para prevenir dispendiosas ações judiciais.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002. 254 p. ISBN 84-8164-507-9.

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 331 p. ISBN 85-309-2236-0.

_____. **Republicanismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 117 p. ISBN 85-734-8352-0.

ALARCÓN, Gloria; TIPKE, Klaus. La conciencia fiscal. In: ANTÓN, Fernando Serrano (Coord.). **La conciencia fiscal y el marketing tributario en las haciendas locales**. Navarra: Aranzadi, 2007. p. 45-46. ISBN 978-84-470-2738-5.

ALEXANDRIDIS, Georgios José Ilias Bernabé. O direito processual coletivo na Colômbia: principais aspectos. **Revista de Direitos Difusos**. Rio de Janeiro, vol. 37, p. 7-30, mai./jun. 2006. Bimestral. ISSN 1517-9192.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 173 p. ISBN 978-85-7308-904-2.

_____. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual: princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação. São Paulo: Saraiva, 2003. 665 p. ISBN 85-020-3561-4.

ALMEIDA, João Batista de. A defesa do contribuinte como função institucional do Ministério Público. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, n. 7. p. 101-109, abr./jun. 2003. Trimestral. ISSN 1676-4781.

_____. Ação civil pública em matéria tributária: reflexões sobre a posição do STF. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, n. 3. p. 41-47, abr./jun. 2002. Trimestral. ISSN 1676-4781.

_____. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 475 p. ISBN 85-203-2037-6.

ALMEIDA, Renato Franco de. O parquet na defesa dos direitos individuais homogêneos. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 790, p. 114-125, ago. 2001. Mensal. ISSN 0034-9275.

ALONSO JR., Hamilton. A Ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos**: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 207-220. ISBN 85-203-2754-0.

ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à justiça em preto e branco**: retratos institucionais da defensoria pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 268 p. ISBN 85-7387-439-2.

ALVES, Rogério Pacheco. **As prerrogativas da Administração Pública nas ações coletivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 306 p. ISBN 978-85-375-0034-7.

ALVIM, Arruda. Ação civil pública: sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 73-84. ISBN 85-203-2754-0.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **A tutela dos interesses difusos em direito administrativo**: para uma legitimação procedimental. Coimbra: Almedina, 1989. 234 p. ISBN 972-40-0527-5.

APPIO, Eduardo. **A ação civil pública no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2005. 288 p. ISBN 85-362-0960-7.

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: EDUC, Fapesp, Editora Sumaré, 2002. 327 p. ISBN 85-85408-36-7.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações coletivas**: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 267 p. ISBN 85-3091-002-8.

ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 216-230. ISBN 978-85-203-3031-9.

_____. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. (Coords.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 504-527. ISBN 85-7674-050-8.

ARMELIN, Donaldo. Ação civil pública: legitimidade processual e legitimidade política. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 113-124. ISBN 85-203-2409-6.

AROCA, Juan Montero. **El derecho procesal en el siglo XX**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. 142 p. ISBN 84-844-2080-9.

ÁVILA, Humberto. Estatuto do contribuinte: conteúdo e alcance. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, vol. I, nº 3, p. 1-26, jun. 2001. periodicidade não definida. ISSN 1982-6990. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_3/DIALOGO-JURIDICO-03-JUNHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf. Acesso em 15 de fev. 2008.

_____. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008. 208 p. ISBN 85-7420-832-9.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Princípio de direito administrativo e tributação: fronteiras e implicações. In: CARVALHO, Paulo de Barros. **Justiça tributária**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 763-772. ISBN sem registro.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 16 ed. atual. por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 548 p. ISBN 85-309-1456-2.

BARBOSA, Alice Mouzinho. **Cidadania fiscal**. Curitiba: Juruá, 2005. 139 p. ISBN 85-362-0906-2.

BARILARI, André. **Le consentement à l'impôt**. Paris: Presses de la Fondation

Nationale des Sciences Politiques, 2000. 147 p. ISBN 2-7246-0831-3.

BARRAL, Welber. Notas sobre a ação civil pública em matéria tributária. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 80, p. 151-154, out./dez. 1995. Trimestral. ISSN 0100-1981.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, n. 16. p. 111-140, jul./set. 2005. Trimestral. ISSN 1676-4781.

BATISTA, Roberto Carlos. **Coisa julgada nas ações civis públicas**: direitos humanos e garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 296 p. ISBN 85-738-7758-8.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Legitimidade processual e legitimidade política. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 101-111. ISBN 85-203-2409-6.

BELINETTI, Luiz Fernando. Ações coletivas – Um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro – A relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 98, p. 125-132, abr./jun. 2000. Trimestral. ISSN 0100-1981.

BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Edis (Coord.) **Ação civil pública – Lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 511 p. ISBN 85-203-1349-3.

BERIZONCE, Roberto; GRINOVER, Ada Pellegrini; SOSA, Angel Landoni. Código-modelo de processos coletivos para Ibero-América. Exposição de motivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 421-425. ISBN 978-85-203-3031-9.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 285 p. ISBN 85-7147-292-0.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Apres. de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 232 p. ISBN 85-352-1561-1.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Trad. de Maria Celeste C. L. dos Santos. Apres. de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora UnB, 1999. 184 p. ISBN 85-230-0276-6.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. (Coords.). **Dicionário de política**. v. 2. 12. ed. Trad. de Carmen C. Varriale et. al. Brasília: Editora UnB, 2004. 656 p. ISBN 85-230-0310-X.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. **Curso de processo administrativo tributário**. São Paulo: Malheiros, 2006. 206 p. ISBN 85-7420-752-7.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ação civil pública**. 2. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. 149 p. ISBN 85-86145-04-1.

BRASIL, Constituição Federal. Disponível em:
<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>. Acesso em 18 de nov. 2007.

_____. Lei n. 9.882 de 3 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>. Acesso em 18 de nov. 2007.

_____. Lei n. 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>. Acesso em 18 de nov. 2007.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>. Acesso em 18 de nov. 2007.

_____. Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>. Acesso em 18 de nov. 2007.

_____. Presidência da República. Mensagem n. 359, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>. Acesso em 18 de nov. 2007.

_____. Presidência da República. Mensagem n. 664, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>. Acesso em 18 de nov. 2007.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei Complementar nº 646, de 1999. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>. Acesso em 18 de nov. 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 97.455/SP. Rel. Min. Demócrito Reinaldo. 1ª Turma. DJ 10.33.1997. Disponível em <http://www.stj.gov.br/SCON/>. Acesso em 18 de nov. 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 113.326/MS. Rel. p/ acórdão Min. Ari Pargendler. 2ª Turma. DJ 17.11.1997. Disponível em <http://www.stj.gov.br/SCON/>. Acesso em 18 de nov. 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 115.500/PR. Rel. Min. Hélio Mosimann. 2ª Turma. DJ 3.8.1998. Disponível em <http://www.stj.gov.br/SCON/>. Acesso em 18 de nov. 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 171.283/PR. Rel. p/ acórdão: Min. Garcia Vieira. 1ª Turma. DJ 10.5.1999. Disponível em <http://www.stj.gov.br/SCON/>. Acesso em 18 de nov. 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 883.690/SP. Rel.: Min. Luiz Fux. 1ª Turma. DJ 22.10.2007. Disponível em <http://www.stj.gov.br/SCON/>. Acesso em 18 de nov. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 195.056/PR. Rel. Min.: Carlos Velloso. Pleno. DJ 30.5.2003. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em 18 de nov. 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. Processo civil de interesse público: uma proposta de sistematização. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 23-37. ISBN 85-203-2409-6.

BURLE FILHO, José Emmanuel. Ação civil pública: instrumento de educação democrática. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública** – Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 402-413. ISBN 85-203-2212-3.

BURTON, Mark. Citizens as partners? Foundations for an effective tax system in the new democratic era. In: STEWART, Miranda (Ed.). **Tax law and political institutions**. Annandale: The Federation Press, 2006. p. 169-193. ISBN 978-186287-638-5.

CAINZOS, Juan Jesús Fernández. **Sociología de la hacienda pública**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2006. 307 p. ISBN 84-8008-218-6.

CAMARGO FERRAZ, Antonio Augusto Mello de. Considerações sobre interesse social e interesse difuso. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 59-72. ISBN 85-203-2754-0.

CAMPOS, Diogo Leite de. A jurisdicização dos impostos: garantias de terceira geração. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **O tributo: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 87-112. ISBN 85-309-2474-6.

CAMPOS, Hélio Silvio Ourem. O Estado dogmático e os tributos nas constituições. **Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários**. Brasília, n. 29, p. 111-125, abr./jun. 2005. Trimestral. ISSN 1414-008X.

_____. O desenvolvimento globalizado e o Brasil. A reconstrução de um processo. **Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**. Recife, n. 17, p. 27-82, jan./jun. 2008. Semestral. ISSN 1807-6203.

_____. Segurança jurídica. Liberdade e elisão. **Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil**. Campinas, n. 79, p. 241-256, jan./jun. 2005. Semestral. ISSN 1676-2320.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Ação civil pública**. Rio de Janeiro: Aide, 1995. 116 p. ISBN 85-321-0002-3.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988. 168 p. ISBN 85-88278-29-4.

_____. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. In: **Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)**. Padova: Cedam, 1976. p. 191-221. ISBN sem registro.

_____. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 5, p. 128-159, jan./mar. 1977. Trimestral. ISSN 0100-1981.

_____. **Juízes legisladores?** Trad. de Carlos Alberto A. de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993. 134 p. ISBN 8588278286.

_____. **O processo civil no direito comparado**. Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001. 115 p. ISBN 85-884-6605-8.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Direitos individuais homogêneos, limitações à sua tutela pelo Ministério Público. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 103, p. 189-198, jul./set. 2001. Trimestral. ISSN 0100-1981.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 252 p. ISBN 85-309-1248-9.

CARVALHO, Acelino Rodrigues. **Substituição processual no processo coletivo: um**

instrumento de efetivação do Estado democrático de direito. São Paulo: Pillares, 2006. 318 p. ISBN 85-89919-43-9.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. 376 p. ISBN 8502-02330-6

CASAGRANDE, Cássio. Ministério Público, ação civil pública e a judicialização da política: perspectivas para o seu estudo. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, n. 3. p. 21-34, abr./jun. 2002. Trimestral. ISSN 1676-4781.

CASÁS, José Osvaldo. Seguridad jurídica, legalidad y legitimidad en la imposición tributaria. In: CARVALHO, Paulo de Barros. **Justiça tributária**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 329-413. ISBN sem registro.

CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 293 p. ISBN 85-203-2165-8.

_____. Construindo o código brasileiro de processos coletivos: o anteprojeto elaborado no âmbito dos programas de pós-graduação da UERJ e UNESA. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). **Tutela coletiva – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos – 15 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 279-301. ISBN 85-224-4232-0.

_____. O anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 16-32. ISBN 978-85-203-3031-9.

_____. Tutela dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 373, p. 29-55, mai./jun. 2004. Bimestral. ISSN 0102-8413.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos**: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. 225 p. ISBN 85-86300-85-3.

COLÔMBIA. Ley 472 de 1998, (agosto 5). Disponível em http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/L0472_98.HTM. Acesso em 03 de jun. 2007.

COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e justiça tributária**: exequibilidade de lei tributária e direitos do contribuinte. São Paulo: Malheiros, 2007. 420 p. ISBN 978-85-7420-813-8.

CORREIA, Leianne. Leis em excesso. **Diário de Pernambuco**. Recife, 18 de jan. 2006. p. B-2.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Propositura, pelo Ministério Público, de ações para a tutela de interesses de particulares e ações civis públicas. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 332, p. 239-249, out./dez. 1995. Trimestral. ISSN 0102-8413.

CUNHA, Alcides A. Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 77, p. 224-235, jan./mar. 1995. Trimestral. ISSN 0100-1981.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **“Class action” e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990. 92 p. ISBN 85-02-00789-0.

_____. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 168 p. ISBN 85-203-1574-7.

DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. Direitos e interesses e sua proteção jurisdicional. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos**: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 449-460. ISBN 85-203-2754-0.

DELGADO, José Augusto. Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual. Doutrina e jurisprudência do STF. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 98, p. 61-81, abr./jun. 2000. Trimestral. ISSN 0100-1981.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito tributário, direito penal e tipo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 398 p. ISBN 978-85-203-3155-2.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2007. 457 p. ISBN 85-776-1014-4.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 334 p. ISBN 85-203-2984-5.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005a. 413 p. ISBN 85-742-0662-8.

_____. **Instituições de direito processual civil**. vol. I. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005b. 735 p. ISBN 85-7420-655-5.

DOURADO, Ana Paula. **O princípio da legalidade fiscal**: tipicidade, conceitos indeterminados e margem de livre apreciação. Coimbra: Almedina, 2007. 816 p. ISBN 978-972-40-3182-8.

ESTADO DE SÃO PAULO. Lei complementar estadual n. 939, de 03 de abril de 2003. Disponível em <http://www.al.sp.gov.br/.../lei%20complementar/2003/lei%20complementar%20n.939,%20de%2003.04.2003.htm>. Acesso em 18 de nov. 2007.

ESTEVAN, Juan Manuel Barquero. **La función del tributo en estado social y democrático de derecho**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. 156 p. ISBN 84-259-1193-1.

FARIA, José Eduardo. A definição do interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 79-90. ISBN 85-203-2409-6.

FAVEIRO, Vítor. **O estatuto do contribuinte**: a pessoa do contribuinte no Estado Social de Direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. 1035 p. ISBN 97-232-1078-9.

FELDMANN, Fabio. Ação civil pública: fator de mobilização social. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 511 p. ISBN 85-203-1349-3.

FERRARESI, Eurico. A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 136-143. ISBN 978-85-203-3031-9.

FERRAZ, Sergio. Tributo e justiça social. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **O tributo**: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 289-298. ISBN 85-309-2474-6.

FERREIRA, Renata Marques. Ação civil pública em defesa dos habitantes das cidades em face do sistema constitucional tributário. **Revista Brasileira de Direito Ambiental**. São Paulo, n. 2, p. 143-175, abr./jun. 2005. Trimestral. ISSN 1805-9962.

FERREIRA, Rony. **Coisa julgada nas ações coletivas**: restrição do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2004. 184 p. ISBN 85-752-5299-2.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação civil pública. Ação popular. A defesa dos interesses difusos e coletivos. Posição do Ministério Público. In: WALD, Arnaldo (Coord.). **Aspectos polêmicos da ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 233-256. ISBN 85-02-04263-7.

FILARDI, Hugo. Ação civil pública e acesso à justiça. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 18, p. 46-61, set. 2004. Mensal. ISSN 1678-3778.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; Ferreira, Renata Marques. **Direito ambiental tributário**. São Paulo: Saraiva, 2005. 155 p. ISBN 85-02-05406-6.

FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Trad. de Daniel Porto G. da Silva; Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 351 p. ISBN 85-203-2589-0.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: estudo analítico de suas possibilidades e limites. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos**: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 471-486. ISBN 85-203-2754-0.

FREEDMAN, Judith. Taxation research as legal research. In: LAMB, Margaret. et al. **Taxation**: an interdisciplinary approach to research. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 13-34. ISBN 0-19-924293-3.

FREIRE JR., Américo Bedê. Os poderes do juiz nas ações coletivas e breves sugestões de lege ferenda ao aprimoramento do processo coletivo. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 117, p. 129-134, set./out. 2004. Bimestral. ISSN 0100-1981.

FREIRE JR., Américo Bedê. Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. (Coords.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 66-81. ISBN 85-7674-050-8.

FREITAS, José Lebre de. La acción popular en el derecho portugués. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). **Procesos colectivos**: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 2004. p. 381-401. ISBN 970-07-5181-3.

FRONTINI, Paulo Salvador. Ação civil pública e separação de poderes. In: MILARÉ, Édis (Coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 713-752. ISBN 85-203-2212-3.

GARCÍA, Felipe Romero. **El valor sistema tributario**: acerca de su integración entre los principios de la imposición. Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005. 373 p.

ISBN 84-9828-019-2.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da lei de ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 17-32. ISBN 85-203-2754-0.

GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Cláudia. **Finanças públicas: teoria e prática no Brasil**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. 496 p. ISBN 978-85-352-2883-0.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 525 p. ISBN 978-85-203-3080-7.

_____. A dimensão política do direito de ação. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 60, p. 196-206, out./dez. 1990. Trimestral. ISSN 0100-1981.

_____. Cause collettive, un modello esportabile. **Corriere della Sera**. Milano, 28 de fev. 2004. p. 27. (Entrevista). Disponível em http://archiviostorico.corriere.it/2004/febbraio/28/Cause_collettive_modello_esportabile__co_9_0402_28193.shtml. Acesso em 15 de out. 2008.

_____. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. 267 p. ISBN 85-02-01593-1.

_____. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil**. Trad. de Lucio Cabrera Acevedo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. 196 p. ISBN 970-32-1365-0.

_____. Código de processo civil coletivo. Um modelo para países de direito escrito. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 111, p. 192-208, jul./set. 2003. Trimestral. ISSN 0100-1981.

_____. **Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 486 p. ISBN 978-85-309-2735-6.

GOLDSTEIN, Stephen. Las acciones colectivas en Israel. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). **Procesos colectivos: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada**. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 2004. p. 201-225. ISBN 970-07-5181-3.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2005. 111 p. ISBN 85-7525-305-0.

GOUVÊA, Marcos Antonio Maselli de Pinheiro. A legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 11, p. 199-233, jan./jun. 2000. Semestral. ISSN 1413-3873.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Interpretação criativa e realização do direito**. Recife: Bagaço, 2000. 204 p. ISBN 85-7409-220-7.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública no STJ. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 99, p. 9-26, jul./set. 2000. Trimestral. ISSN 0100-1981.

_____. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. 534 p. ISBN 85-218-0262-5.

_____. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 101, p. 11-27, jan./mar. 2001. Trimestral. ISSN 0100-1981.

_____. Direito processual coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). **Tutela coletiva – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos – 15 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 302-308. ISBN 85-224-4232-0.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 365 p. ISBN 978-85-203-3272-6.

GRINOVER, Ada. et alli. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 453-464. ISBN 978-85-203-3031-9.

GUEDES, Clarissa Diniz. A legitimidade ativa na ação civil pública e os princípios constitucionais. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. (Coords.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 108-141. ISBN 85-7674-050-8.

GUIMARÃES, Márcio Souza. Aspectos coletivos das relações de consumo: interesses transindividuais e o Ministério Público. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 18, p. 149-168, jul./dez. 2003. Semestral. ISSN 1413-3873.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Trad. de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. 348 p. ISBN 972-31-0692-2.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002. 1866 p. (Coleção Intérpretes do Brasil, vol. 3, 2. ed.). ISBN 85-210-0057-X.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. 2922 p. ISBN 85-7302-383-X.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 23. ed. Trad. de João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 91 p. ISBN 978-85-309-2013-5.

KIRCHLER, Erich. **The economic psychology of tax behaviour**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. 243 p. ISBN 978-0-521-87674-2.

KIRCHLER, Erich; HOELZL, Erik. Modeling taxpayers' behaviours as a function of interaction between tax authorities and taxpayers. In: ELFFERS, H.; VERBOON, P.; HUISMAN, W. (Eds.). **Managing and maintaining compliance**. The Hague: Boom Legal Publishers, 2006. p. 7-23. ISBN 978-90-5454-767-9.

LAPATZA, Jose Juan Ferreiro. El estatuto del contribuyente y las facultades normativas de la administración. In: CARVALHO, Paulo de Barros. **Justiça tributária**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 311-328. ISBN sem registro.

LAZZARINI, Marilena. As investidas contra as ações civis públicas. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). **Tutela coletiva – 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de**

Defesa de Direitos Difusos – 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2006. p. 159-162. ISBN 85-224-4232-0.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**: história, teoria e prática. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998. 224 p. ISBN 85-752-5111-2.

LEITE, Cyntia Danielle Paiva; BARROSO, Kátia da Silva Soares. A legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública: considerações sobre a Lei 11.448/2007. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 162, p. 132-149, ago./set. 1997. Mensal. ISSN 0100-1981.

LEYSER, Maria Fátima V. R. Ação coletiva. Direitos individuais homogêneos. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 96, p. 217-224, out./dez. 1999. Trimestral. ISSN 0100-1981.

LIEBMAN, Benjamin. Las acciones colectivas en China. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). **Procesos colectivos**: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 2004. p. 425-442. ISBN 970-07-5181-3.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo**: sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002. 293 p. ISBN 85-7420-322-X.

LINDBLOM, Per Henrik; NORDH, Roberth. La ley sueca de procedimientos de grupo. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). **Procesos colectivos**: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 2004. p. 95-123. ISBN 970-07-5181-3.

LOBO, Maria Teresa de Carcomo. O direito de não pagar tributo injusto – uma nova forma de resistência fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **O tributo**: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 179-190. ISBN 85-309-2474-6.

LOPES, José Reinaldo de Lima. A definição do interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 91-99. ISBN 85-203-2409-6.

LOUREIRO, Caio Márcio. **Ação civil pública e o acesso à justiça**. São Paulo: Método, 2004. 223 p. ISBN 85-86456-79-9.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. As ideologias do processo e a ação civil pública. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. (Coords.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 204-215. ISBN 85-7674-050-8.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social e os princípios. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos**: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 559-566. ISBN 85-203-2754-0.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 28. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007. 560 p. ISBN 978-85-7420-795-7.

_____. Ministério Público e ação civil pública em matéria tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 52, p. 84-90, jan. 2000. Mensal. ISSN 1413-7097.

MACIEL JR., Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006. 224 p. ISBN 85-361-0916-5.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. A antiga e sempre atual questão da submissão do Poder Público à jurisdição. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 1, p. 146-159, abr. 2003. Mensal. ISSN 1678-3778. ISSN 1678-3778.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 753-798. ISBN 85-203-2212-3.

_____. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 543 p. ISBN 85-203-2975-6.

MARINONI, Luiz Guilherme. Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 93, n. 824, p. 34-60, jun. 2004. Mensal. ISSN 0034-9275.

_____. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. 284 p. ISBN 85-7420-217-7.

MARINS, James. Ações coletivas em matéria tributária. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 76, p. 97-103, out./dez. 1994. Trimestral. ISSN 0100-1981.

_____. **Direito processual tributário brasileiro**: administrativo e judicial. São Paulo: Dialética, 2003. 703 p. ISBN 85-7500-095-0.

_____. **Princípios fundamentais do direito processual tributário**. São Paulo: Dialética, 1998. 175 p. ISBN 85-86208-51-5.

MARTINS, Angela Taques. Ação civil pública e ação popular em matéria tributária. In: MARINS, James; MARINS, Gláucia Vieira. (Coords.). **Processo tributário**: administrativo e judicial. Curitiba: Juruá, 2004. p. 473-495. ISBN 85-7394-577-X.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ação civil pública é veículo imprestável para a defesa de direitos individuais disponíveis – a cobrança de tributos municipais não pode ser contestada por ação civil pública. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 32, p. 97-111, mai. 1998. Mensal. ISSN 1413-7097.

MASTRANGELO, Claudio. **Agências reguladoras e participação popular**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 165 p. ISBN 85-7348-387-3.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. 695 p. ISBN 85-020-5004-4.

_____. A intervenção do Ministério Público no processo civil: críticas e perspectivas. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 155-170. ISBN 85-203-2409-6.

MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2007. 527 p. ISBN 978-85-7500-165-3.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A tutela dos interesses individuais homogêneos dos consumidores e a questão da legitimidade do Ministério Público. **Revista de Direito Renovar**. Rio de

Janeiro, v. 8, p. 26-33, mai./ago. 1997. Quadrimestral. ISSN 1679-0200.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:** estudos de direito constitucional. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2004. 483 p. ISBN 85-020-4676-4.

MILARÉ, Édís. **A ação civil pública na nova ordem constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1990. 206 p. ISBN 85-02-00754-8.

MORDEGLIA, Roberto M. Principios tributarios y garantías de los contribuyentes: la experiencias argentina (doctrina y jurisprudencia). In: CARVALHO, Paulo de Barros. **Justiça tributária.** São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 707-762. ISBN sem registro.

MOURA ROCHA, José Elias Dubard de. **Interesses coletivos:** ineficiência de sua tutela judicial. Curitiba: Juruá, 2003. 201 p. ISBN 85-362-0435-4.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos.** Coimbra: Almedina, 2004. 746 p. ISBN 972-32-1078-9.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 24. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 418 p. ISBN 85-309-2029-5.

NEGRÃO, Ricardo. **Ações coletivas:** enfoque sobre a legitimidade ativa. São Paulo: Leud, 2004. 312 p. ISBN 85-7456-161-4.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.** 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 2011 p. ISBN 85-203-2584-X.

NOBRE, Marcos. *et al.* **O que é pesquisa em direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005. 208 p. ISBN 85-881-1300-9.

NOGUEIRA, Alberto. **A reconstrução dos direitos humanos da tributação.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 457 p. ISBN 85-7147-054-5.

_____. **O devido processo legal tributário.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 232 p. ISBN 85-7147-847-3.

_____. **Teoria dos princípios constitucionais tributários:** a nova matriz da cidadania democrática na pós-modernidade tributária. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 342 p. ISBN 978-85-7147-677-6..

O'SULLIVAN, Arthur. Limits on local property taxation. In: OATES, Wallace E. **Property taxation and local government finance:** essays in honor of C. Lowell Harriss. Cambridge, Massachusetts: Lincoln Institute of Land Policy, 2001. p. 177-200. ISBN 1-55844-144-1.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 262 p. ISBN 85-309-1279-9.

_____. As ações coletivas no direito brasileiro: aspectos gerais, evolutórios e algumas controvérsias. **Revista Dialética de Direito Processual.** São Paulo, n. 11, p. 78-90, fev. 2004. Mensal. ISSN 1678-3778.

PINSLER, Jeffrey. Las acciones colectivas en Singapur. . In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). **Procesos colectivos**: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 2004. p. 57-76. ISBN 970-07-5181-3.

PISANI, Andrea Proto. Appunti preliminari per uno estudio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o piu esattamente: superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario. In: **Le azioni a tutela di interessi collettivi**: atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974). Padova: Cedam, 1976. p. 263-286. ISBN sem registro.

PROJETO DE LEI Nº 3.034, DE 1984. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 857-860. ISBN 85-203-2212-3.

REALE, Miguel. **Questões de direito público**. São Paulo: Saraiva, 1997. 194 p. ISBN 85.02.02047-1.

REUSCH, Christian. Las acciones colectivas en Noruega. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). **Procesos colectivos**: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 2004. p. 139-165. ISBN 970-07-5181-3.

RIBAS, Lídia Maria L. R. Mecanismos alternativos na solução de conflitos em matéria tributária. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo, n. 49, p. 43-64. Bimestral. ISSN 1518-2711.

_____. **Processo administrativo tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 231 p. ISBN 85-7420-517-6.

RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. **Direito e processo**: razão burocrática e acesso à justiça. São Paulo: Max Limonad, 2002. 214 p. ISBN 85-7549-003-6.

ROCHA, Luciano Velasque. Por uma conceituação de ação coletiva. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 107, p. 269-277, jul./set. 2002. Trimestral. ISSN 0100-1981.

_____. **Ações coletivas**: o problema da legitimidade para agir. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 225 p. ISBN 978-85-309-2334-1.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Juizados especiais cíveis e ações coletivas**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 172 p. ISBN 85-309-0475-3.

ROGAR, Sílvia. E se a moda pega? **Revista Veja**. São Paulo, 23 jan. 2008. Disponível em http://veja.abril.com.br/230108/p_076.shtml. Acesso em 1º fev. 2008.

ROSAS, Roberto. Processo civil de resultados. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 2, p. 108-112, mai. 2003. Mensal. ISSN 1678-3778.

SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 39-77. ISBN 85-203-2409-6.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000. 348 p. ISBN 85-249-0578-6.

_____. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: SOUZA JR., José Geraldo de; AGUIAR, Roberto A. R. de. (Org.). **Introdução crítica ao direito do trabalho**. Brasília: UnB, 1993. p. 104-125. ISBN sem registro.

SANTOS, Christianine Chaves. **Ações coletivas & coisa julgada**. Curitiba: Juruá, 2004. 235 p. ISBN 85-362-0503-2.

SANTOS, J. Albano. **Teoria fiscal**. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2003. 526 p. ISBN 978-972-8726-23-2.

SCHAEFER MARTINS, Nelson Juliano. Efetividade da jurisdição e princípio da eficiência na Administração Pública. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 3, p. 87-97, jun. 2003. Mensal. ISSN 1678-3778.

SCHÄFER, Gilberto. **Ação civil pública e controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002. 191 p. ISBN 85-752-5181-3.

SHIMURA, Sérgio. O papel da associação na ação civil pública. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 142-170. ISBN 85-767-4050-8.

SILVA, Luís Carlos Gomes da. Uma teoria do processo administrativo fiscal e o acesso à justiça. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo, n. 71, p. 226-230, nov./dez. 2006. Bimestral. ISSN 1518-2711.

SILVA, Jaqueline Mielke. **O direito processual civil como instrumento de realização de direitos**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005. 423 p. ISBN 85-7699-002-4.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 342 p. ISBN 85-309-2090-2.

SILVA, Sandra Lengruber. **Elementos das ações coletivas**. São Paulo: Método, 2004. 198 p. ISBN 85-86456-80-2.

SOARES, Domitília Diogo. **Percepção social da fiscalidade em Portugal**. Coimbra: Almedina, 2004. 223 p. ISBN 972-40-2213-7.

SOUZA, Alexander Araújo de. O Ministério Público, a ação civil pública e a possibilidade, nesta sede, de controle incidental de constitucionalidade: uma trilogia democrática. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 369, p. 3-29, set./out. 2003. Bimestral. ISSN 0102-8413.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Ação civil pública: competência e efeitos da coisa julgada**. São Paulo: Malheiros, 2003. 239 p. ISBN 85-742-0501-X.

_____. **Ação civil pública e inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. 120 p. ISBN 85-02-04764-7.

STEUERLE, C. Eugene. And equal (tax) justice for all? In: THORNDIKE, Joseph J.; VENTRY JR., Dennis J. (Eds.). **Tax justice: the ongoing debate**. Washington: The Urban Institute Press, 2002. p. 253-284. ISBN 0-87766-707-1.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 343 p. ISBN 85-7348-315-6.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.** 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 919 p. ISBN 85-309-1915-7.

TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Estatuto do contribuinte. **Revista Tributária e de Finanças Públicas.** São Paulo, n. 58, p. 82-104, set./out. 2004. Bimestral. ISSN 1518-2711.

THE COMMONWEALTH ASSOCIATION OF TAX ADMINISTRATORS. **Tax evasion and avoidance: strategies and initiatives used by CATA member countries.** London: Commonwealth Secretariat, 2006. 110 p. ISBN 0-955340-1-3.

THEODORO JR., Humberto. Algumas observações sobre a ação civil pública e outras ações coletivas. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil.** Porto Alegre, n. 9, p. 139-159, jan./fev. 2001. Bimestral. ISSN 1519-1826.

THOREAU, Henry David. “Si mille citoyens décidaient de ne pas payer l’impôt cette année...” Extrait de La Désobéissance civile. Traduit par Sophie Rochefort-Guillouet et Alain Suberchicot. In: LAURENT, Alain (Coord.). **Théories contre l’impôt.** Paris: Les Belles Lettres, 2000. p. 43-53. ISBN 2-251-39032-4.

TIPKE, Klaus. A necessidade de igualdade na execução das leis tributárias. Trad. de Luís Eduardo Schoueri. In: SCHOUERI, Luís Eduardo. (Coord.). **Direito tributário.** v. I. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 362-373. ISBN 85-88813-43-2.

_____. **Moral tributária del Estado y de los contribuyentes.** Trad. Pedro M. Herrera Molina. Madrid: Marcial Pons, 2002. 146 p. ISBN 84-728-951-5.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva.** São Paulo: Malheiros, 2002. 127 p. ISBN 85-7420-450-1.

TORRES, Ricardo Lobo. **A idéia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal.** Rio de Janeiro: Renovar, 1991. 193 p. ISBN 85-7147-210-6.

_____. Aspectos fundamentais e finalísticos dos tributos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **O tributo: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza.** Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 35-54. ISBN 85-309-2474-6.

_____. **Curso de direito financeiro e tributário.** 2. ed. atual. e rev. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. 373 p. ISBN sem registro.

_____. Liberdade, segurança e justiça no direito tributário. In: CARVALHO, Paulo de Barros. **Justiça tributária.** São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 679-705. ISBN sem registro.

TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário. In: WALD, Arnaldo (Coord.). **Aspectos polêmicos da ação civil pública.** São Paulo: Saraiva, 2003. p. 355-394. ISBN 85-02-04263-7.

VASQUES, Sergio. **O princípio da equivalência como critério de igualdade tributária.** Coimbra: Almedina, 2008. 785 p. ISBN 978.972.40.3403-4.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Processo judicial tributário: medidas judiciais que o integram e a legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública que tem por objeto o não pagamento de um tributo. In: WALD, Arnaldo (Coord.). **Aspectos polêmicos da ação civil pública.** São Paulo: Saraiva, 2003. p. 101-114. ISBN 85-02-04263-7.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. 502 p. ISBN 978-85-7420-804-6.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva? In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 441-457. ISBN 85-203-2212-3.

VIITANEN, Klaus. Las acciones colectivas en Finlandia. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). **Procesos colectivos**: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 2004. p. 125-137. ISBN 970-07-5181-3.

VON ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raimundo. A justiça geométrica e o anteprojeto de código de processos coletivos: elementos para uma justificativa histórico-filosófica, ou por uma visão atual do alcance e da função criadora da jurisdição coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 55-65. ISBN 978-85-203-3031-9.

WALD, Arnoldo. Usos e abusos da ação civil pública: análise de sua patologia. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 329, p. 3-16, jan./mar. 1995. Trimestral. ISSN 0102-8413.

WATANABE, Kazuo. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 780-853. ISBN 85-218-0353-2.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 156-160. ISBN 978-85-203-3031-9.

WATSON, Garry D. Las acciones colectivas en Canadá. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). **Procesos colectivos**: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 2004. p. 27-42. ISBN 970-07-5181-3.

WILCOX, Murray. Las acciones colectivas en Australia. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coords.). **Procesos colectivos**: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 2004. p. 43-55. ISBN 970-07-5181-3.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. 253 p. ISBN 85-7453-582-6.

ZACLIS, Lionel. **Proteção coletiva dos investidores no mercado de capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 223 p. ISBN 978-85-203-3047-0.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 78, p. 32-49, abr./jun. 1995. Trimestral. ISSN 0100-1981.

_____. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini;

WATANABE, Kazuo; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33-38. ISBN 978-85-203-3031-9.