

DIREITO DO CONSUMIDOR

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A LEGITIMIDADE PARA A DEFESA DOS INTERESSES COLETIVOS DECORRENTES DE QUESTÕES TRIBUTÁRIAS DE MASSA

Paulo Valério Dal Pai Moraes ^(*)

1- INTRODUÇÃO:

O artigo 127 da Constituição Federal apresenta as características do Ministério Público como instituição, bem como as funções que devem ser por ele exercidas. Nestes termos dispõe a Lei Maior:

“O Ministério Público é instituição permanente... incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Também no artigo 129 da C.F. existe um rol de funções atribuídas ao “Parquet”, dentre elas destacando-se, para os fins do presente trabalho, as constantes nos incisos II, III e IX, que ora são transcritas:

“II- zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos

^(*)Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Coordenador da Promotoria de Defesa do Consumidor, Mestre em Direito do Estado pela PUC/RSPromotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Coordenador da Promotoria de Defesa do Consumidor, Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS) Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Coordenador da Promotoria de Defesa do Consumidor, Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS

assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

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;

IX- exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade...”

Desta forma, o Ministério Público possui evidente legitimidade para promover qualquer ação judicial com vistas à defesa dos interesses coletivos “*lato sensu*” (difusos, coletivos “*stricto sensu*” e individuais homogêneos), principalmente para a observância, também, do contido no artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV, da C.F., os quais são assim escritos:

“XXXV- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão;

LXXIV- o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”

Hugo Nigro Mazzilli¹, corroborando o acima declinado, realiza importante comentário sobre o conceito de interesse público e de relevância social, requisitos estes identificadores da “indisponibilidade” dos interesses, a qual **obrigará à intervenção do “Parquet”**. Transcreva-se, portanto, a lição:

“...Entretanto, a expressão mais abrangente ainda é a do interesse público, que, no dizer de Renato Alessi, compreende o interesse público primário e o secundário. Com efeito, não há confundir o interesse do **bem geral**

¹ O Ministério Público na Constituição de 1988, editora Saraiva, São Paulo, 1989, p. 48.

(interesse público primário) com o interesse da administração (interesse público secundário), ou seja, o modo como os órgãos governamentais vêem o interesse público. Essa distinção evidencia que nem sempre, ao contrário, está a coincidir, respectivamente, o interesse público primário com o secundário. E é pelo **primeiro deles que deve sempre zelar realmente o Ministério Público.** E, nesse sentido, **o interesse público primário (bem geral)** pode ser identificado com o interesse social, o interesse da sociedade ou da coletividade, e mesmo com os mais autênticos interesse difusos...”. (grifo nosso)

O conceito de relevância social, por sua vez, é apresentado com características bastante objetivas na Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), especificamente no artigo 82, parágrafo 1º, merecendo ser transcrito o dispositivo, dado que as realidades nele comentadas independem da existência ou não de relação de consumo:

“...quando haja manifesto interesse social evidenciado pela **dimensão ou característica do dano,** ou pela **relevância do bem jurídico a ser protegido.**” (grifo nosso)

Desta forma, em qualquer situação fática, diga ela respeito a problemas envolvendo o consumidor, o meio ambiente, o patrimônio histórico, turístico, paisagístico ou até mesmo em casos em que alguma lesão tenha atingido contribuintes coletivamente considerados, desde que presentes os requisitos acima apontados, caracterizadores da “relevância social”, estará o Ministério Público não somente autorizado, mas OBRIGADO a intentar todas as ações necessárias à coibição de eventuais abusos (vide artigos 83 e 117 do CDC – este último introduziu todo o Título III, ou seja, quase toda a parte processual do CDC, do artigo 81 até o 104, na Lei nº 7.347/85, que é a Lei da Ação Civil Pública).

Entretanto, no dia 09.12.1999, foi veiculado na Internet notícia informando que o Supremo Tribunal Federal decidiu que “o Ministério Público não tem legitimidade para promover ação civil pública para impugnar a cobrança de tributos”. Na mesma notícia é dito que a decisão “...foi tomada no julgamento dos recursos extraordinários 195.056 do Paraná, e 213.631 de Minas Gerais, cujos relatores foram, respectivamente, os Ministros Carlos Veloso e Ilmar Galvão. No recurso extraordinário do município de Umuarama/PR, a questão examinada foi a majoração do Imposto Predial e Territorial (IPTU), e no do município de Rio Novo, tratou-se da taxa de iluminação pública.”.

Na data de 11.12.99, igual notícia foi veiculada no Jornal Correio do Povo, um dos maiores veículos de comunicação do Estado do Rio Grande do Sul, onde era informado que o “MP só pode encaminhar ações civis públicas quando se tratar de interesse do consumidor, cuja competência está prevista no Código”.

Para os operadores do direito mais acostumados com o trabalho forense e com as múltiplas questões que envolvem as ações civis públicas e coletivas de consumo o informe causou espécie.

Exatamente por isso que nos propusemos ao estudo do tema, especificamente no que tange às questões tributárias, a fim de tentar contribuir para demonstrar que o relevante na matéria processual tratada – legitimidade do “Parquet” - não é o tipo de relação jurídica discutida, considerada a sua substância, mas sim a sua forma, ou seja, se ela reúne os elementos suficientes para identificar no seu âmago a existência da realidade unificadora chamada “origem comum”.

Este conceito, aliado ao de relevância social, ambos acrescidos das imprescindíveis análises filosóficas, sociais e jurídicas consubstanciadas no princípio da vulnerabilidade, certamente induzirão às conclusões que nos propomos chegar.

Para tanto, propositadamente nos valeremos das mesmas palavras usadas em artigo em que se comentou sobre a legitimidade do Ministério Público para a realização do controle prévio e abstrato nos contratos de massa, haja vista que a premissas e realidades importantes são as mesmas.

Iniciemos, então, abordando o tema da vulnerabilidade.

2- O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE - INTRODUÇÃO E ORIGEM:

O princípio da vulnerabilidade foi pela primeira vez positivado no direito brasileiro no artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, constituindo-se em norma base de todo o sistema de defesa da relação de consumo.

A vulnerabilidade, entretanto, não é uma peculiaridade que atinge somente o consumidor, sendo fácil a constatação de que também em grande parte das relações jurídicas tributárias o contribuinte acaba sendo ofendido por ação das mesmas realidades que obrigaram à proteção dos mais frágeis da relação de consumo.

O que se pretende com este trabalho, portanto, é fazer um paralelo entre as normas consumeristas e os problemas tributários, a fim de demonstrar a íntima ligação que existe entre as matérias, não só em se tratando do aspecto material, mas, principalmente, quando é feita análise das disposições processuais que, por expressa determinação legal, são as mesmas, em se tratando de lesões de massa (sejam consumidores ou contribuintes).

A vulnerabilidade do contribuinte, então, acompanha as mesmas ocorrências que envolveram as relações de consumo, ao longo da história². Por isso, é importante bem definir o princípio, objetivando a sua correta compreensão.

² A alteração do modelo de produção acontecida no final do século XVIII e que se consolidou no século seguinte, fez com que a relação de trabalho,

Vulnerabilidade é a qualidade de quem é vulnerável. Vulnerável, nos termos do que define Aurélio Buarque de Hollanda Ferreira³ é "...que se vulnera; diz-se do lado fraco de um assunto ou questão, e do ponto por onde alguém pode ser atacado ou ferido." Vulnerar é "...ferir; melindrar; ofender". Ou seja, vulnerabilidade é um conceito que expressa relação, somente podendo existir tal qualidade se ocorrer a atuação advinda de potência superior.

Também evidencia a qualidade daquele que foi ferido, ofendido, melindrado por causa de alguma atuação de quem possui potência suficiente para tanto.

que tinha um caráter individual a personalizado se convertesse em uma relação massificada e despersonalizada. A energia humana foi substituída pela mecânica e o trabalhador passou a ser considerado um número, com funções laborais restritas e invariáveis. Como consequência disso, a produção aumentou imensamente, sendo gerado um mercado consumidor que foi seduzido pelas inovações, das quais sequer noção possui quanto à forma de produção e suas consequências. Aliado a isto, o antigo ideal de "liberdade", no qual a livre iniciativa tinha suas origens, começa a ceder espaço para a tendência à concentração de capitais, dando surgimento, aproximadamente no final do século XIX, aos monopólios e oligopólios com potência suficiente para alterarem toda a conformação do mercado. Alberto do Amáral Junior² comenta que "...Diferentemente do que ocorria na economia clássica, não é mais o consumo que determina a produção, mas esta que determina o que será ou não produzido...a verticalização das relações econômicas fez surgir um poderoso sistema de motivação e persuasão capaz de controlar os consumidores. Este sistema passou a ser tão importante quanto o próprio aparato de organização para a produção e distribuição de bens. Com isso, as necessidades dos consumidores não são exclusivamente o produto de suas exigências físicas ou biológicas, ou mesmo do ambiente em que vivem e atuam, mas são em grande parte forjadas pelas campanhas publicitárias."

Inicia-se, assim, o "fenômeno" da vulnerabilidade nas relações de consumo, propriamente dito.

³ Dicionário da Língua Portuguesa, 11ª edição, editora Civilização Brasileira S.A., Rio de Janeiro, 1987, p. 1256.

Vulnerabilidade é, então, o princípio pelo qual é reconhecida pelo sistema jurídico positivado brasileiro a qualidade daquele ou daqueles sujeitos mais fracos na relação de consumo, situação esta também presente na relação tributária, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendidos, consumidor ou contribuinte, no âmbito econômico, por parte do sujeito mais potente das respectivas relações.

O princípio da vulnerabilidade decorre diretamente do princípio da igualdade, com vistas ao estabelecimento de liberdade, considerado que somente pode ser reconhecido igual alguém que não está subjugado por outro.⁴

⁴ Nelson Nery Junior informa que "...O consumidor é reconhecido como a parte mais fraca nas relações de consumo (art. 1º, da Resolução da ONU sobre os direitos do consumidor, de 9.4.85; art. 4º, I, do CDC)", acrescentando que por isso os consumidores devem ser "...tratados de forma desigual pela lei, a fim de que se atinja, efetivamente, a igualdade real, em obediência ao dogma constitucional da isonomia (art. 5º, caput, CF), pois devem os desiguais ser tratados desigualmente na exata medida de suas desigualdades (isonomia real, substancial e não meramente formal)." (Revista Direito do Consumidor, vol. 3, editora RT, São Paulo, p. 53)

Marcelo Abelha Rodrigues escreve que "...o princípio da igualdade constitucionalmente garantido, possui um duplo enfoque, que não há como ser olvidado. Assim, segundo o caput do art. 5º da CF/88, está claramente estabelecido que todos são iguais perante a lei. Lembra Luis Davila Araújo que: "A regra isonômica não admite qualquer privilégio, tratando igualmente as pessoas. Isto é o que se denomina igualdade formal ou igualdade perante a lei". Continuando, diz que a lei maior "...ao tratar do princípio da igualdade, cuida também de explicitar, no corpo deste aludido artigo, que alguns grupos de pessoas existentes na sociedade, merecem uma proteção especial, justificando esse tratamento diferenciado, pois, pelas condições sócio-político-culturais em que se encontram. Este desnível ocupacional de certos grupos da população, tem como culpado imediato o próprio Estado, e, justamente por isso que ele, Estado, por via da carta maior, determina que estes grupos devam ser tratados através de um tratamento desigual. Tem-se, no caso, a igualdade material (= igualdade na lei). Com isto quer se dizer que, conforme o modelo adotado pelo constituinte, estaríamos diante de uma autorização para desigualar na lei. No mesmo sentido de justiça distributiva propugnado por Aristóteles, ou

Estes exemplos doutrinários⁵ servem para reforçar que por uma série de motivos existe uma desigualdade insuportável entre o fornecedor de produtos e serviços e o consumidor, a qual é evidente e, por este motivo, precisa ser debelada, pois tem reflexos na estrutura social, econômica e política como um todo.⁶

ainda, do princípio geral do Direito Romano *suum cuique tribuere*... Neste grupo que mereceu atenção especial do legislador constituinte, destacam-se os consumidores." (Revista Direito do Consumidor, vol. 15, editora RT, São Paulo, p. 50 e 51)

Olga Maria do Val também aborda o tema, dizendo que "No âmbito da tutela especial do consumidor, efetivamente, é ele sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável, se tiver em conta que os detentores dos meios de produção é que detêm todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir, como produzir e para quem produzir, sem falar-se na fixação de suas margens de lucro." Ato contínuo, comenta que "...a vulnerabilidade do consumidor é, nas palavras de João Batista de Almeida, `a espinha dorsal da proteção ao consumidor, sobre que se assenta toda a linha filosófica do movimento. É indubitável que o consumidor é a parte mais fraca das relações de consumo; apresenta ele sinais de fragilidade e impotência diante do poder econômico". (Revista de Direito do Consumidor, volume 11, Editora RT, São Paulo, julho/setembro de 1994, p. 78)

Da mesma forma entende Luiz Renato Ferreira da Silva, o qual escreve que "A principiologia que rege a política nacional das relações de consumo explica quais as motivações da lei e, de início, expõe qual o critério discriminador que, reconhecendo as desigualdades, tenta fazer prevalecer uma isonomia material. É que se tem como regra cimeira dos princípios da lei de consumo, a norma reconhecidora da `vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo', devendo a ação governamental ser estabelecida `no sentido de proteger efetivamente o consumidor". (Revista Direito do Consumidor, vol. 8, Editora RT, São Paulo, out/dez. de 1993, p. 155)

⁵ Reproduzidos nas Nota 2 e 4.

⁶ A concretização, portanto, do princípio da isonomia é a base para a realização da Política Nacional das Relações de Consumo, entendida esta palavra "política" como o "conjunto de objetivos que informam (dão forma a) determinado programa de ação governamental e condicionam a sua execução." Prossegue a jurista Olga do Val, citando Thierry Bourgoignie, dizendo que uma "...política efetiva deve abordar quatro aspectos:

Desvenda-se, assim, a origem axiológica do princípio da vulnerabilidade, como decorrente do princípio da igualdade e com vistas ao estabelecimento de liberdade aos naturalmente subjogados no mercado de consumo.

Falar de consumidor, entretanto, na correta visão de direito público que encerra a matéria, significa ter em mente a complexa estrutura do artigo 170 da Constituição Federal (Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica), na qual está inserido o princípio da defesa do consumidor, não podendo ser olvidado que é a tributação, em grande parcela, um produto da relação de consumo. Com efeito, é por intermédio da aquisição dos gêneros alimentícios básicos, das compras de produtos ou serviços em geral, que surgem os suportes fáticos que constituirão as relações jurídicas tributárias, com isso sendo perceptível a íntima ligação entre os ramos do direito ora conjugados para fins de estudo e de demonstração das suas iguais realidades.

Comentar o tema da tributação, portanto, significa abordar a questão consumerista em uma das suas inúmeras perspectivas, pois os consumidores são, em muitas situações fiscais, os reais pagadores dos tributos.

Ruy Barbosa Nogueira⁷ assim comenta sobre a relação jurídica tributária:

I) identificação da pessoa do consumidor, a partir de sua participação sócio-econômica no desenvolvimento, e as particularidades e condições nas quais ele exerce e assume seu papel; II) justificativas para adoção dessa política, por meio de considerações de ordem econômica, de caráter social e de natureza política; III) objetivos e conteúdo dessa política, que deve atender integralmente as necessidades que surgem, tais como educação, informação, proteção e acesso do consumidor à Justiça; IV) elaboração de leis que possibilitem a efetiva proteção do consumidor, de forma que o direito do consumidor seja autônomo..." (Olga do Val, Revista Direito do Consumidor, volume 11, Editora RT, São Paulo, julho/setembro de 1994, p. 68 e 69).

⁷ Curso de Direito Tributário, Editora Saraiva, 10ª edição, São Paulo, 1990, p. 26.

“Vamos então esclarecer e exemplificar o que é a relação jurídico-tributária: o indivíduo, entrando em relação com outro ou outros, pratica atos como, por exemplo, um contrato de compra e venda de uma casa. Ao praticar esse ato, essa relação negocial, com ela incide no campo da lei tributária, porque a lei tributária previamente declara incidente no imposto a compra e venda de imóvel.

A ocorrência dessa relação humana que incide na lei tributária, isto é, que produz *efeitos jurídico-tributários*, faz surgir entre o Estado e o indivíduo direitos e obrigações recíprocos, formando o conteúdo de uma relação específica chamada *relação jurídica tributária*.”

Seguindo em suas lições, informa o mestre tributarista⁸ o conceito de “obrigação”, como sendo “...a relação pela qual uma pessoa (credora) tem o direito de exigir de outra (devedora) uma prestação.”

A relação tributária, portanto, é a “...relação de Direito Público prevista na lei descritiva do fato pela qual o Fisco (sujeito ativo) pode **exigir** do contribuinte (sujeito passivo) uma prestação (objeto).”

Constata-se, assim, que semelhantes circunstâncias de submissão existem na relação de consumo - o fornecedor possui maiores conhecimentos técnicos, profissionalidade, estrutura financeira, organização do que os consumidores - e na relação tributária, dado que nesta o Estado simplesmente “**exige**” o crédito do contribuinte, configurando-se nítido relacionamento de desigualdade autorizado por lei, em prol da captação de recursos suficientes para atender o total de demandas feitas aos entes públicos.

⁸ Ob. citada, p. 145.

Assim como na relação de consumo, onde também existe o direito de o fornecedor impor alguns tipos de relacionamentos naturalmente desiguais, como os contratos de adesão, as publicidades que direcionam o consumo, etc, igualmente na relação tributária é suportável algum tipo de desigualdade, em ambos os casos existindo como limite o reconhecimento do “abuso do direito”, pois, emergindo este, impõe-se a utilização de mecanismos processuais de contenção dos atos administrativos estatais.

Vittorio Cassone⁹ se manifesta sobre o assunto, dizendo o que segue:

“O Poder Judiciário expressa a garantia da segurança jurídica. Tem por função precípua prestar jurisdição, compondo, por meio do processo e com a aplicação da lei, os conflitos de interesses entre Fisco e Contribuinte.

Conforme o caso, são diversos os tipos de ações judiciais de que o contribuinte pode recorrer para defender seus direitos pertinentes aos tributos exigidos pelo Fisco, e de que nos ocuparemos dos seguintes: Mandado de segurança, Ação de repetição do indébito tributário, Ação anulatória de ato declarativo da dívida e Ação declaratória.”

Ocorre que nem todos tem condições de intentar ações dessa espécie, seja por problemas econômicos, por falta de informação, por falta de tempo, por insignificância dos valores, em suma, pelas mais variadas hipóteses cotidianamente emergentes. Assim, inúmeras lesões não são passíveis de serem debeladas pela via do processo individual, daí surgindo a importância das ações coletivas “lato sensu”, uma das

⁹ Direito Tributário Atualizado pela Nova Constituição, editora Atlas, São Paulo, 1991, p. 139.

principais delas sendo a Ação Civil Pública para a neutralização de danos de massa impostos pelo fisco aos contribuintes.

Em nosso livro – “O Princípio da Vulnerabilidade nos Contratos, na Publicidade e nas Demais Práticas Comerciais”¹⁰ – identificamos a existência de 6 (seis) espécies de vulnerabilidade, uma delas, em especial, servindo para as reflexões na área do direito tributário. São elas: a vulnerabilidade técnica, política ou legislativa, biológica ou psíquica, econômica e social, ambiental e, por último, a vulnerabilidade jurídica.

Pois é desta última que trataremos a seguir, objetivando evidenciar os problemas que decorrerão de uma interpretação restritiva da atuação do “Parquet” para intentar ações civis públicas para a defesa de lesões nas relações tributárias.

3. VULNERABILIDADE JURÍDICA DO CONTRIBUINTE:

Este tipo de vulnerabilidade jurídica se manifesta, predominantemente, na avaliação das dificuldades que o consumidor ou o contribuinte possuem para defender seus direitos, seja na esfera administrativa, seja na judicial.

Alguns juristas comentam que seria a “...falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia.”

Ousamos divergir da posição, pois esta deficiência de conhecimentos técnicos corresponde à vulnerabilidade técnica, assunto que, no momento, não temos condições de discorrer com mais profundidade, mas que foi objeto do trabalho monográfico comentado.

O Direito, assim como a economia, a contabilidade e outros ramos do conhecimento também possui suas técnicas, e o fato

¹⁰ Editora Síntese, Porto Alegre, 1999.

de ser uma “ciência”¹¹ compreensivo-normativa e não meramente “explicativa”¹² não invalida a independência que tem relativamente aos meios que estão à sua disposição para alcançar suas finalidades.

Por isso visualizamos a vulnerabilidade jurídica em outro plano, a saber, o momento a partir do qual surge algum problema decorrente da relação tributária, originando a adoção de medida por parte do contribuinte, tendente a solucioná-lo, seja junto ao fisco, com o auxílio ou não de advogados, seja frente aos órgãos de defesa do contribuinte, dentre eles o Ministério Público.

A vulnerabilidade jurídica em algum aspecto talvez possa se equiparar à hipossuficiência, pois, todo hipossuficiente é vulnerável, mas nem todo vulnerável é hipossuficiente. Ou seja, em sendo a hipossuficiência no Código de Defesa do Consumidor um conceito relativo ao processo – portanto passível de ser utilizado por analogia em outros ramos do direito

¹¹ Lembre-se Eros Roberto Grau, Revista Direito do Consumidor, volume 5, Editora RT, São Paulo, janeiro/março de 1993, pp. 183 e seguintes quando diz que “...o direito não é uma jurisciência, mas uma jurisprudência, não existindo apenas um caminho para chegar a um determinado ponto, mas vários. Assim, o desafio jurídico é encontrar o caminho mais adequado, mais prudente e que atenda às necessidades da sociedade, a partir dos critérios ditados pelo sistema.”

¹² Miguel Reale, Filosofia do Direito, volume 1, Editora Saraiva, 3ª edição, 1962, p. 226: “É mister, pois, distinguir entre as leis físicas ou naturais, de ordem explicativa, e as leis culturais que envolvem uma ‘conexão de sentido’, sendo de ordem compreensiva. Uma das expressões das leis culturais são as normas, que implicam no reconhecimento da necessidade ética de se agir ou não em certo sentido...O explicar é condição do compreender, porque em todo objeto cultural existe um elemento que é o ‘suporte’. A compreensão marca, ao contrário, a tomada de contacto com o elemento valorativo ou axiológico, que nos dá o sentido ou significado do ser. Se lembrarmos, a esta altura, que as regras morais e as jurídicas são bens de cultura, compreenderemos logo que elas não podem ser apenas explicadas, porque devem ser ‘compreendidas’”.

-, que indica a possibilidade ou não de serem custeados os ônus decorrente do processo, poderão existir situações em que o contribuinte terá tal possibilidade, isto é, não terá insuficiência em relação a este aspecto, mas, mesmo assim, ainda continuará vulnerável, com possibilidade de ser ofendido, melindrado, ferido (vide conceituação exposta) pela atuação mais forte e intensa do fisco.

Em decorrência disso frisou-se que a hipossuficiência é um conceito relacionado ao processo e à possibilidade de custeá-lo, enquanto que a vulnerabilidade é um conceito que relaciona as forças em geral dos dois pólos da relação de consumo ou tributária, verificando se um é mais fraco do que o outro.

Flávio Cheim Jorge¹³, citando Galanter, aborda o assunto da vulnerabilidade jurídica a partir da distinção “litigantes eventuais” e “litigantes habituais”, procurando identificar realidades vividas por todos aqueles que militam nos foros, mas que, na maior das vezes, não são consideradas principalmente por membros do Ministério Público e por Magistrados, resultando, assim, em uma apreciação parcial das forças que atuam em juízo.

Estas as características dos litigantes habituais:

- “...maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio”- não há como não reconhecer que aquele litigante que já passou pelo mesmo tipo de problema em juízo pode até mesmo alterar a sua maneira de argumentar no processo, por uma série de motivos. Desde o conhecimento do magistrado que atua na vara, suas convicções, forma de agir, até o tipo de alegações que normalmente são

¹³ Revista Direito do Consumidor, volume 17, Responsabilidade Civil por Danos Difusos e Coletivos Sob a Ótica do consumidor, editora RT, p. 109.

veiculadas pelos contribuintes. Tudo isto é possível avaliar previamente para o efeito de planejar uma boa conduta processual.

Possibilidades de conversas sobre acordos podem inexistir para o fisco, pois é sabedor de determinadas ocorrências no processo que normalmente lhe beneficiam, enquanto o contribuinte, litigante eventual, gastará energias tentando tal possibilidade que, muitas vezes, devido à sua natural vulnerabilidade decorrente da necessidade, imaginará ser a melhor saída;

- "...o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais caso"- neste aspecto emerge o problema da hipossuficiência, evidenciando que ela deve ser analisada também com o auxílio deste critério, pois o custo global de um processo para o fisco deve relevar o número de demandas que possui, pois, quanto maior a quantidade, menores serão os custos das demandas individualizadas, a começar com as despesas com procuradores;

- "...o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora"- não há como negar, também, que o ser humano é movido por simpatias e antipatias, variando naturalmente o seu estado de ânimo para a realização de qualquer coisa, tendo em vista a pessoa do seu interlocutor.

Neste aspecto, relações de amizade se formam, estados de confiança prévia e recíproca se criam, ocorrendo, eventualmente, abusos neste sentido, com decisões e condutas processuais eivadas de sentimentos pessoais, situações estas que não são tão raras assim como possam parecer.

Sentimentos de respeito ou até veneração relativamente a alguns profissionais reconhecidos no meio jurídico também por vezes contribuem para a alteração das potências na relação processual, tudo isto resultando em óbvia distinção de forças em favor dos litigantes habituais;

- "...ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos"- de acordo com o já afirmado, conhecendo melhor os riscos existentes em determinada demanda, o litigante tem condições de mais facilmente se posicionar em relação a ela, dando continuidade, aumentando a força da argumentação, acordando, etc;

- "...pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros".

Aliado a isto, comenta Flávio Cheim que os litigantes habituais possuem profissionais especializados e em permanente atividade na área jurídica de defesa do Estado, estando, portanto, acostumados aos mesmos problemas, o que lhes garante um grau de organização e eficiência incomparáveis com outros bons profissionais da mesma área do direito, quem dirá se a comparação é feita com "profissionais que são procurados em virtude dos baixos honorários cobrados ou lhes são impostos pelo estado, que em função dos baixos salários recebidos, não proporcionam a dedicação e competência desejada."

Em resumo, ressalta o mestre paulista, realizando abordagem relativa à área do consumidor, mas útil para os problemas tributários, tudo isto resulta em "...menos problemas em mobilizar as empresas no sentido de tirarem vantagens de seus direitos, o que, com freqüência, se dá exatamente contra aquelas pessoas comuns que, em sua condição de consumidores, por exemplo, são as mais relutantes em buscar o amparo do sistema judicial."

Não bastassem todas estas “facilidades” existentes para os litigantes habituais, deve ser lembrado que o Estado, assim como as empresas, jamais assumem os prejuízos das demandas, mas sim os internalizam como custos, que servirão como substratos fático e organizacional para fazer as futuras exigências tributárias.

Já os contribuintes, de um modo geral litigantes eventuais, estão sempre com a possível realidade de terem de arcar com os custos de eventual derrota que, muitas vezes, obrigará a não ingressarem em juízo com medo de ainda serem condenados a pagar os ônus da sucumbência, o que, por si só, já seria suficiente para demonstrar a terrível disparidade de forças entre fisco e contribuintes, sob o aspecto da vulnerabilidade jurídica.

A vulnerabilidade jurídica igualmente evidencia-se porque o contribuinte, muitas vezes (repetição de indébito), está diante de uma necessidade premente, enquanto que o fisco não tem qualquer pressa. Pelo contrário, quanto mais demorar a demanda, melhor será, tática esta, aliás, seguida por muitas empresas na área do direito do trabalho, onde ocorre a mesma situação.

Assim, conforme comentário de Antonio Carlos Efig¹⁴ e novamente transferindo os conceitos para a figura do contribuinte “...temos de transpor o obstáculo que, para o acesso a justiça, representa a solidão do consumidor: isoladamente, é um ser desarmado; tudo concorre para tirar-lhe a coragem de ingressar nos tribunais para enfrentar-se com o responsável pelo ato lesivo”, o que será feito por intermédio dos entes coletivos de defesa dos vulneráveis.

¹⁴ Revista Direito do Consumidor, volume 17, Editora RT, São Paulo, janeiro/março de 1996, p. 83.

Também válidos para a defesa do contribuintes são os ensinamentos de Neves Ribeiro (Director do Gabinete de Direito Europeu do Ministério da Justiça da República Portuguesa)¹⁵, quando comenta que “há um déficite de meios processuais novos e caducidade de meios processuais antigos. A nosso ver, o papel do MP é decisivo neste combate em benefício do consumidor, quer actuando com a participação dos particulares, como tal, ou constituídos em associações ou, porque não, em fundações”.

Verifica-se, portanto, a vulnerabilidade do contribuinte isoladamente considerado, pois é, na maior das vezes, “litigante eventual”, ficando completamente desprotegido diante de abusos de massa que eventualmente são praticados.

Veja-se, por exemplo, os problemas de taxas de iluminação ilegalmente instituídas por Decreto do Poder Executivo Municipal. Teria o contribuinte condições de impugnar tal conduta individualmente? De que forma faria isso se a ação civil pública somente pode ser intentada por entes coletivos? Teria o contribuinte informações sobre como buscar administrativamente ou judicialmente seus direitos? E condições econômicas para custear o processo? Mais, se o prejuízo individual é de pequena monta? Valeria a pena intentar uma ação individual para obter resultado econômico inferior aos gastos que o processo demandaria?

Outra hipótese bastante comum diz respeito aos aumentos injustificados de IPTU e outras ocorrências irregulares que são praticadas com base em tal imposto. De que forma os contribuintes individuais poderiam fazer valer seus direitos?

Um terceiro singelo exemplo. As “taxas de lixo” cobradas de populações das periferias das cidades, populações pobres

¹⁵ Revista Direito do Consumidor, volume 12, Editora RT, São Paulo, outubro/dezembro de 1994, p. 7 e 8.

que muitas vezes sequer o serviço chega até as moradias, ou seja, o contribuinte completamente vulnerável paga o que não pode, por algo (serviço) que não recebe do ente público.

Todas essas são ocorrências que impedem o não reconhecimento da legitimidade dos entes coletivos, dentre eles e, por óbvio, o Ministério Público, principalmente por que a instituição está presente em todas as comarcas e, portanto, possui condições de receber as reclamações e dar andamento aos casos, objetivando a sua resolução.

A vulnerabilidade jurídica também se evidencia na área dos contribuintes, haja vista que não existem juizados de pequenas causas tributárias. Nicole L'Heureux¹⁶ aborda o assunto dos juizados de pequenas causas, dizendo que esta seria uma solução adequada, no que tem, certamente, razão. Ao menos no Estado do Rio Grande do Sul e mesmo com os grandes problemas enfrentados, o juizado especial cível tem atuado com rapidez e agilidade, sem falar do grande número de processos que atende anualmente.¹⁷

¹⁶ Revista Direito do Consumidor, volume 5, Editora RT, São Paulo, janeiro/março de 1993, p. 10.

¹⁷ Não é incomum encontrar advogados de grandes empresas, litigantes habituais, que dizem estar preferindo fazer um acordo diretamente com o consumidor do que esperar o ingresso deste no juizado especial, pois a adoção da segunda conduta somente oneraria o fornecedor indevidamente. Ou seja, a atuação do Poder Judiciário, nestes termos, está concretizando um dos principais objetivos do CDC, que é a harmonização das relações de consumo, através da qual o consumidor e fornecedor diretamente compõem o provável litígio. Existem referências extraoficiais de que o Juizado de "Pequenas Causas" deste Estado teria julgado mais de 130.000 processos em 1998, destes 70% diziam respeito a relações de consumo. Transfira-se essas possibilidades para a área tributária e será fácil a visualização da diminuição da vulnerabilidade jurídica do contribuinte. Todavia, sistema como o ora aventado inexistente no momento, o que configura graves concretizações de danos de massa aos contribuintes.

Como segundo aspecto, aponta a doutrinadora Canadense o grande benefício das ações coletivas, dizendo que, muitas vezes, “o valor monetário das ações individuais pode ser muito pouco ou, em razão de circunstâncias particulares, certas vítimas não queriam ou não poderiam desencadear o processo judiciário.” Em acréscimo, aponta que este tipo de ação “...proporciona um mecanismo que permite reunir pequenos processos em uma só ação, substancialmente bastante, e que torna economicamente factível, pelas economias de escala, a reunião de vítimas que, de outra forma, não poderiam permitir-se individualmente contratar um advogado para defender sua causa perante a justiça.” Com isto, “... o poder de barganha dos membros da classe é assim fortalecido”.

Servem as ações coletivas, igualmente, para reduzir o número de processo nos foros, diminuindo o número de provas a serem feitas, de atos processuais a realizar, em suma, economizando os serviços de toda uma estrutura que é cara e que tem reflexos na administração da justiça como um todo.

Por fim, comenta a doutrinadora que as ações coletivas auxiliam na prevenção, pois, sabedores os entes públicos que poderão sofrer a atuação administrativa de órgãos como o Ministério Público e, posteriormente, do Poder Judiciário, preferirão adequar suas condutas, considerado que não mais existirá a “dispersão geográfica das vítimas” e, a qualquer momento, poderão sofrer uma ação de monta, com todos os prejuízos, até mesmo para a imagem do ente governamental tributante, que este tipo de demanda causa.

As ações coletivas e ações civis públicas¹⁸, portanto, são o exemplo da concretização da união que fortalece, precisando os contribuintes de órgãos que os agreguem e necessitando o

¹⁸ Sobre a distinção vide o artigo escrito por nós e publicado na Revista Jurídica, volume 264, out/99, Editora Notadez, Porto Alegre, p. 67.

“Parquet” dos lesados, individualmente considerados, para que sejam feitas as fiscalizações de cumprimento de eventual medida que tenha sido imposta judicial ou extrajudicialmente aos demandados.

Neste particular é importante ressaltar os grandes benefícios trazidos pela criação do **compromisso de ajustamento** (artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei nº 7.437/85), que é título executivo extrajudicial realizado por entes públicos, os quais poderão obrigar os infratores dos direitos dos contribuintes a adotarem determinadas condutas corretivas da sua atividade fiscal, sob pena de pesadas multas ou outras cominações, o que tem auxiliado imensamente na redução de demandas coletivas e individuais.¹⁹

Todavia, para que realmente possa ser um pouco diminuída a vulnerabilidade jurídica do contribuinte, é preciso que sejam seguidos os alertas feitos por Adroaldo Furtado Fabrício²⁰, dos quais emergem os seguintes ensinamentos, que podem ser assim resumidos:

- “...a própria lide Carneluttiana, em sua formulação original, supunha essa paridade e sugeria um processo de feição claramente duelística...”. Este modelo “...mesmo servindo à solução dos conflitos para os quais foi concebido...é claramente insuficiente para acolher o dado novo dos contenciosos de massa...”;
- existe a realidade da “...imensa maioria da dispersa e vaga coletividade interessada”. Na área tributária é

¹⁹ No Estado do Rio Grande do Sul existe grande número de compromissos firmados na área do consumidor o que pode ser alastrado para a área tributária, sem qualquer problema.

²⁰ Revista Direito do Consumidor, volume 7, “Novas Necessidades do Processo Civil e os Poderes do Juiz”, Editora RT, São Paulo, julho/setembro de 1993, pp. 30 até 36.

aumentada a vulnerabilidade do contribuinte, considerada esta ótica, dado que inexistem associações de contribuintes, diversamente do que acontece no ramo consumerista, ambientalista, etc, nos quais existem várias associações, que contribuem para diminuir um pouco os malefícios da desaglutinação;

- "...imensa dificuldade de acesso individual dos lesados, em regra pobres, humildes e desinformados, aos órgãos jurisdicionais";

- "...a monumental e desanimadora diferença de forças, meios e recursos que separa o litigante eventual do habitual";

- o litigante habitual "...tem a seu favor a experiência acumulada dos litígios passados e a preparação sempre mais aprimorada para os futuros...os quadros próprios e eficientes de assessoria jurídica e procuratório judicial; está melhor aparelhado à produção de provas de seu interesse...";

- sobre os contenciosos de massa afirma ser fundamental o "...reconhecimento aos chamados corpos intermediários ...os sindicatos, associações, organismos de defesa de interesses coletivos em geral. **A legitimação do Ministério Público, para muitas das ações deste gênero será complemento indispensável.**"; (grifo nosso).

- para reequilibrar as forças "...a tendência é no sentido de depressão do princípio dispositivo e incremento dos poderes do juiz na condução do processo."

- "...o que se pretende alcançar já não é só o contraditório 'formal', no sentido de mera e pouco mais do que aparente oportunidade para a manifestação de uma e outra parte, mas o 'contraditório substancial', efetivo, único apto a assegurar a verdadeira igualdade em juízo";

- sobre o papel do poder judiciário diz que "...Juiz contido pela camisa-de-força do formalismo rígido é Juiz que, mesmo capacitado a vislumbrar o justo, não o pode realizar... Por tibieza ou por falta de assimilação da mentalidade nova ora enfatizada, os juízes freqüentemente se abstêm de utilizar por inteiro os poderes que o sistema legislado já lhes põe à mão. Mui raramente se vê o juiz tomar iniciativas atinentes à produção da prova, embora seja o destinatário dela..."

Estas algumas das conclusões que pedimos "venia" para transcrever, pois aderimos integralmente a elas, reconhecendo que contém os componentes principais para a demonstração da vulnerabilidade jurídica dos contribuintes, em grande número das relações tributárias.

4. DO CONCEITO DE INTERESSE DIFUSO, COLETIVO "STRICTO SENSU" E INDIVIDUAL HOMOGÊNEO:

A jurisprudência brasileira tem demonstrado alguma dificuldade de entender com precisão e utilidade o que sejam interesse difusos, coletivos "stricto sensu" e individuais homogêneos.

Por isso, importante defini-los, objetivando tentar esclarecer porque motivos não há como afastar a legitimidade do "Parquet" para a defesa de contribuintes unidos por condutas que lhes são lesivas.

4.1 - O artigo 81, parágrafo único, do CDC, em seu inciso I dispõe que são **interesses ou direitos difusos** "... assim entendidos, para os efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato".

Elementos dos interesses difusos (artigo 81, parágrafo único, inciso I do CDC, por expressa determinação do artigo 117 do CDC aplicável às ações civis públicas, já que o art. 81 faz parte do Título III do CDC):

- transindividuais - extrapolam o âmbito individual, ou seja, são direitos de todos os lesados por alguma ocorrência, mas, no âmbito individual, de ninguém em específico. Comumente fornecemos o exemplo em aula da pessoa que dirige-se até a Promotoria, realiza uma reclamação indicando a existência de uma infração difusa e, dias após, retorna ao órgão desejando “retirar a queixa”, pois teria resolvido o seu problema individual. Por óbvio o Promotor deverá dar continuidade a eventual inquérito, exatamente por causa do requisito da transindividualidade por ventura presente na matéria, considerado que a resolução individual de um caso não evitará que outros danos decorrentes da mesma conduta continuem sendo perpetrados;

- indivisibilidade - normalmente sintetiza-se o conceito com a utilização da seguinte frase: “resolvendo o problema de um, automaticamente é resolvido o problema de todos”. Na área consumerista o exemplo típico é o da publicidade enganosa em que o magistrado defere pleito no sentido de que seja suspenso eventual anúncio feito pela televisão e que seja ilícito. Com apenas um provimento, a retirada da publicidade, é resolvido o problema da pessoa que reclamou e automaticamente de todos os que estivessem unidos pela mesma circunstância fática, no caso, a veiculação televisiva;

- pessoas indeterminadas - provimento no sentido acima declinado serviria para atender aos interesses de todos os lesados, independentemente de serem conhecidos. Assim, a indeterminabilidade decorrerá do fato de que todos os expostos à prática abusiva, mesmo desconhecidos, poderão se beneficiar do provimento jurisdicional exemplificado (no Código de Defesa do Consumidor existe a regra do artigo 29,

a qual informa que “...equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, **expostas às práticas nele previstas**”).

- unidos por circunstâncias fáticas - o “fato” publicidade ilícita, no exemplo dado, une os lesados em torno dessa realidade, o que dá o caráter coletivo à questão. Ou seja, todos os que de alguma forma ficaram à mercê das informações passadas pela publicidade ilícita têm algo em comum, que é a possibilidade de sofrerem danos advindos de um mesmo fato, por isso não existe motivo para que não sejam defendidos coletivamente.

4.2- **Interesses coletivos “stricto sensu”** (artigo 81, parágrafo único, inciso II do CDC, por expressa determinação do artigo 117 do CDC aplicável às ações civis públicas, já que o art. 81 faz parte do Título III do CDC):

- transindividuais – é a mesma característica existente nos difusos;

- indivisibilidade – a mesma característica dos difusos. Deferido, por exemplo, provimento jurisdicional dizendo “suspenda-se a cobrança do aumento de IPTU com base no índice de reajuste ‘x’ e não mais volte a ser utilizado tal índice”, resolvido estará o problema daquele contribuinte que eventualmente tenha se dirigido à Promotoria para reclamar e, automaticamente, de todos os que estejam unidos pela mesma conduta lesiva praticada pela administração;

- pessoas determinadas – esta característica principia a distinção entre os difusos e coletivos “stricto sensu”, pois naqueles as pessoas são indeterminadas, enquanto nestes os lesados são determinados pelo grupo, categoria ou classe de pessoas lesadas. Exemplo típico seriam as taxas, que são cobradas de maneira específica como a taxa judiciária, pagamentos estes por intermédio dos quais as pessoas podem ser determinadas com facilidade;

- a existência de uma relação jurídica base – esta outra diferença em relação aos difusos, dado que nestes os lesados estão unidos por circunstâncias fáticas e nos coletivos “stricto sensu” existe uma relação jurídica base. No caso sob enfoque, de um modo geral os provimentos atinentes a questões fiscais diriam respeito a interesses coletivos “stricto sensu”, haja vista que os eventuais lesados estariam unidos entre si ou com o Estado por intermédio de uma relação jurídica base, que é a relação jurídica tributária.²¹

Desta forma, parece não poder haver dúvidas no sentido de que lesões de massa a contribuintes caracterizam a infração aos interesses coletivos “stricto sensu”.

4.3 - Os interesses individuais homogêneos possuem apenas um requisito (art. 81, parágrafo único, inciso III, do CDC, combinado com o artigo 117 do CDC):

- origem comum – sem qualquer complicação, “origem comum” é “origem comum”. São coisas, interesses, direitos, que advém da mesma “fonte”, seja ela uma “fonte” jurídica (quando existe uma relação jurídica de qualquer espécie. Ex. relação jurídica tributária) ou fática, na forma do que acontece com os interesses difusos.

Assim, os interesses individuais homogêneos tanto podem estar presentes em situações que, também, envolvem interesses

²¹ Neste sentido é o comentário de Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida: “A relação jurídica-base é aquela preexistente à lesão ou ameaça de lesão do direito ou interesse do grupo, categoria ou classe de pessoas. ... Alcançam também grupo, categoria ou classe de pessoas sem organização, servindo de elo a relação jurídica-base com a parte contrária (**contribuintes de tributos em geral**, alunos de escolas particulares, mutuários de agentes do Sistema Financeiro da Habitação, etc.)” (grifo nosso) (Livro de Teses do 12º Congresso Nacional do Ministério Público Brasileiro, Tomo III, p. 762, Fortaleza, de 26 a 29 de maio de 1998)

difusos como em que existam interesses coletivos “stricto sensu”, ou ainda pode a mesma “ocorrência” conter os três interesses cumulados.

Isso acontece porque os diferenciadores dos vários tipos de interesse são o PEDIDO e a CAUSA DE PEDIR formulados na petição inicial, constituindo o desconhecimento desta realidade o motivo maior pelo qual tanta confusão é feita na jurisprudência.

No mesmo sentido é a lição da Dra. Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida²², artigo que será bastante comentado, devido à excelência do trabalho:

“A natureza jurídica dos diferentes direitos e interesses metaindividuais somente pode ser definida, em face do caso concreto, repita-se, através do exame da pretensão material e do tipo de tutela jurisdicional invocada, ou, como prefere dizer mais amplamente Kazuo WATANABE, através da correta fixação do objeto litigioso do processo (pedido e causa de pedir).

A confusão é inevitável, se se considerar que os direitos e interesses individuais homogêneos surgem exatamente no âmbito de uma coletividade titular de direitos e interesses difusos ou de direitos e interesses coletivos.

...

Não há um terceiro universo de pessoas distinto, constituído por titulares de direitos e interesses individuais homogêneos; eles são identificados entre os integrantes da coletividade titular de direitos difusos ou coletivos.

...

²² Ob. cit., pp. 765, 766 e 767.

A cumulação objetiva de pretensões difusas ou coletivas com pretensões individuais homogêneas é possível em razão da conexão pela causa de pedir (mesmo fundamento).”

Para facilitar o entendimento da questão, a qual, diga-se, caso não seja entendida da maneira simples, mas, data vênia, correta como é apontada, pode se converter em matéria de alta complexidade, declina a eminente articulista citada alguns exemplos para melhor elucidar o tema²³:

“Para fixar-se as distinções e considerações feitas acerca das três espécies de direitos e interesses metaindividuais, são elencadas, a seguir, exemplos de diversas pretensões e sua correta classificação:

1) divulgação de propaganda enganosa sobre determinado produto ou serviço e tutela jurisdicional, através de ação coletiva, objetivando a suspensão liminar e a cessação definitiva da divulgação (pretensão difusa); com base no mesmo fato lesivo (“origem comum”) seria cabível pedido condenatório de cunho patrimonial (devolução do preço, indenização) sendo beneficiários os consumidores lesados (pretensão individual homogênea);

2) **cobrança ou aumento ilegal ou inconstitucional de tributo**, de mensalidade escolar, de tarifa de transporte público e **pedido de tutela jurisdicional para fazer cessar a prática ilegal ou inconstitucional e se atender às exigências e parâmetros legais** (pretensão coletiva, em sentido estrito); o mesmo fato lesivo (cobrança ou aumento ilegal ou inconstitucional citados) pode ensejar,

²³ Ob. cit., p 768.

ademais, pedido de devolução da diferença ou do total pago indevidamente pelos contribuintes, alunos, usuários, respectivamente (pretensão individual homogênea)". (grifo nosso)

Percebe-se, desta forma, que não existe qualquer motivo para entender que o Ministério Público teria legitimidade para defender os interesses coletivos "stricto sensu" e também individuais homogêneos dos alunos lesados por aumentos abusivos (o Supremo Tribunal Federal já se manifestou neste sentido, conforme abaixo se transcreverá), mas não teria a mesma legitimidade para defender os interesses coletivos "stricto sensu" ou individuais homogêneos de contribuintes lesados em massa.

Ora! Se a vulnerabilidade jurídica é a mesma – fala-se em dificuldade de organização, pequenos valores individuais, a questão do litigante eventual, a hipossuficiência econômica, etc -, a presença de uma relação jurídica-base é evidente, existe uma origem comum (expressa pela existência da relação jurídica-base e pela lesão praticada), qual o motivo que poderia justificar um tratamento distinto?

A Dra. Consuelo Yoshida²⁴ amplia a idéia sobre o conceito de "origem comum", lições que ora são referidas:

"Antes de se pensar na **lesão ou ameaça de lesão** aos bens difusos, coletivos e individuais de uma série de pessoas, que constitui a **causa de pedir próxima**, tem-se o **substrato comum** que dá o elo de ligação entre elas, e que pode ser considerado como integrante da **causa de pedir remota**: é o vínculo não jurídico, meramente fatural, nos direitos e interesses difusos; o vínculo jurídico consistente na relação jurídica-base, nos direitos e interesses coletivos; e um ou outro desses vínculos no caso dos direitos e interesses

²⁴ Ob. cit., pp. 769 e 770.

individuais homogêneos, como se desenvolverá na seqüência.

...

Se os direitos e interesses individuais homogêneos surgem no âmbito de uma coletividade titular de direito e interesses difusos ou de direitos e interesses coletivos, tem-se que a 'origem comum' dos direitos e interesses individuais homogêneos (enquanto causa de pedir remota) pode se identificar com a mesma origem (enquanto causa de pedir remota) dos direitos e interesses difusos ou coletivos da respectiva coletividade.

Portanto, como "origem comum" dos direitos e interesses individuais homogêneos, do ponto de vista da **causa de pedir remota**, pode-se ter:

1) a mesma situação fática ('circunstâncias de fato') comum à universalidade de pessoas titular de direitos e interesses difusos. Ex.: localização do grupo de pessoas segundo as coordenadas de espaço e/ou de tempo no raio de abrangência do fato ou ato danoso;

2) a mesma relação jurídica ('relação jurídica base') comum à coletividade de pessoas que titulariza direitos e interesses coletivos. Ex.: vínculo societário ou associativo disciplinado por estatuto social próprio; **relação jurídica tributária dos contribuintes com o fisco**; relação contratual regida por cláusulas uniformes." (este último grifo nosso)

A clareza das abordagens transcritas e a riqueza dos exemplos fornecidos revela a realidade da questão tratada, o que importa para esclarecer que não é pelo fato de ser uma relação jurídica de consumo, ou decorrente de um contrato, de um ato ilícito, de uma publicidade ou, até mesmo, de uma relação jurídica tributária que o Ministério Público terá ou não legitimidade para a causa.

A questão da legitimidade ou não do “Parquet” é definida pela existência unicamente do requisito da INDISPONIBILIDADE, evidenciado pelo interesse público ou pela relevância social que existam no caso concreto, elementos estes que serão tratados ao final deste artigo.

Exatamente por causa da realidade ora tratada que nas questões que digam respeito a interesses coletivos “*lato sensu*” acontece a extensão subjetiva do julgado coletivo para abranger terceiros individuais ou individuais homogêneos que não integraram o feito (transporte “*ope legis*” para beneficiar terceiros – “*secundum eventum litis*” e “*in utilibus*”²⁵), bem como a “...ampliação do objeto do processo, *ope legis*, passando o dever de indenizar a integrar o pedido. Exatamente como ocorre na reparação do dano *ex delicto*, em que a decisão sobre o dever de indenizar integra o julgado penal.”²⁶

Recuperando os conceitos declinados pela Dra. Consuelo Yoshida, como a “origem comum” ou causa de pedir remota dos difusos é a mesma, torna-se dispensável pleitear a indenização genérica que caracteriza os interesses individuais homogêneos (artigo 95 do CDC). Tal acontece automaticamente (ampliação “*ope legis*” do objeto do processo).

²⁵ CDC Comentado pelos Autores do Anteprojeto, Ada Pellegrini Grinover, 5ª edição, Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1998, pp. 711 e seguintes.

²⁶ Ob. cit., Ada Pellegrini Grinover, pp. 730 e 731. Melhor explicando o fenômeno jurídico, a Professora Ada Pellegrini Grinover assim se manifesta: “Se, por exemplo, a ação civil pública que tenda à obrigação de retirar do mercado um produto nocivo à saúde pública for julgada procedente, reconhecendo a sentença os danos, reais ou potenciais, pelo fato do produto, poderão as vítimas, sem necessidade de novo processo de conhecimento, alcançar a reparação dos prejuízos pessoalmente sofridos, mediante liquidação e execução da sentença coletiva, nos termos do art. 97 do Código...” (Ob. cit., p. 731)

Outra prova do que se afirma está nos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas, podendo ser constatado no artigo 103, inciso III, do CDC (que trata dos individuais homogêneos), que ela é “erga omnes”, dado que poderá advir tanto de questões envolvendo interesses difusos (“erga omnes”) como de situação envolvendo interesses coletivos “stricto sensu” (“ultra partes”), tendo o legislador necessariamente colocado a abrangência maior – “erga omnes”-, a fim de atribuir a coerência imprescindível à sistemática prevista nas novas leis de cunho social.

Não se olvide que tudo que foi abordado se aplica a qualquer questão que possa ser abrangida pela ação civil pública ou pelas ações coletivas do CDC, haja vista que o artigo 117 do Código de Defesa do Consumidor é expresso ao dizer que todo o Título III do CDC se aplica à Lei da Ação Civil Pública.

Não se olvide, igualmente, que os interesses individuais homogêneos se caracterizam pelo PEDIDO DE INDENIZAÇÃO GENÉRICA, sendo o artigo 95 claro no sentido, quando informa que “...em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.” Após o trânsito em julgado, cada lesado individual retira uma certidão da sentença coletiva e ingressa diretamente com ação de liquidação, sendo economizada a interposição de milhares de ações de conhecimento para dizer a mesma coisa.

Assim, relativamente aos individuais homogêneos o procedimento é coletivo enquanto existe utilidade nesta forma de agir (dever de indenizar = “an debeatur”), tornando-se individual quando fica impossível reunir as milhares de situações particulares e diversas de lesão (fase da liquidação em que é definido o “quantum debeatur”).

Nas questões tributárias, portanto, o mesmo acontece. Pode ser feito pedido no sentido de que fique obrigado o fisco a parar

de cobrar determinado tributo, ou seja, com apenas um provimento é resolvido o problema de um e automaticamente de todos que estão unidos pela “origem comum”, pela “relação jurídica tributária base” (pretensão coletiva “strito sensu”) eventualmente reconhecida como ilegal, bem como pode, se assim deseja explicitar o autor coletivo, existir pleito genérico objetivando a devolução de tudo que foi pago indevidamente (pretensão individual homogênea - “an debeatur”). Após, cada contribuinte liquidará individualmente o seu crédito (o que pode acontecer também pela via coletiva), atendidas as especificidades de cada situação.

5 - DA RELEVÂNCIA SOCIAL, DO INTERESSE PÚBLICO - INDISPONIBILIDADE:

Alguns doutrinadores possuem a tendência de afirmar que a existência de interesses individuais homogêneos caracteriza situação de “disponibilidade”, eis que eles seriam apenas a soma de interesses individuais, tratados coletivamente para facilitar a sua defesa.

Não podemos com isso concordar por vários aspectos, o primeiro deles sendo a mera observação das ocorrências lesivas de massa, que certamente induzirão a uma conclusão diversa.

Com efeito, verifique-se um exemplo da área do consumidor, em que um condomínio constituído por 10 pessoas tenha sofrido problemas em decorrência de erros no cômputo das verbas custeadas individualmente. Um dos condôminos foi cobrado indevidamente em R\$ 50,00, relativamente ao gás consumido, outro teve prejuízo de R\$ 130,00 por que a verba do condomínio foi cobrada de maneira dupla, e assim sucessivamente, cada lesado teve um dano particularizado, mas todos unidos pela “origem comum” que, no caso, decorreu de um erro verificado no computador da imobiliária. Nesta

situação existiria “relevância social” capaz de autorizar o Ministério Público a empreender ações objetivando solucionar os problemas?

Uma outra situação. Um condomínio com 10.000 unidades sofre o mesmo problema e a imobiliária alega que nada deve ser corrigido. Neste caso existirá “relevância social” em fazer a defesa coletiva?

Seguindo no raciocínio. No primeiro exemplo, caso a imobiliária não queira solucionar o caso, no máximo serão intentadas 10 ações no juizado cível especial, o que não trará maiores transtornos para a estrutura do Poder Judiciário.

Agora imaginemos no segundo exemplo 10.000 ações iguais ingressando ao mesmo tempo no mesmo juizado cível especial. É possível concluir que as duas hipóteses são iguais?

A análise pode ser transferida para os interesses coletivos “stricto sensu”.

Consideremos que um condomínio de classe média, constituído por 10 pessoas, teve problemas porque a construtora para a qual são pagas as prestações mensais reajustou os valores com base em índice ilegal. Típico interesse coletivo “stricto sensu”, dado que todos estão unidos por uma relação jurídica-base, que é o contrato de empreitada, bem como existe uma “origem comum”, representada pela conduta da empresa no sentido de impor um índice de reajuste ilegal. Existirá “relevância social” em tal situação? Deverá o Ministério Público ou outros entes manter estrutura para a defesa de cada problema de condomínio ou de empreitada?

Consideremos agora um condomínio de classe baixa com 10.000 unidades, em que aconteceu o mesmo problema. Neste caso existirá “relevância social” autorizadora da intervenção Ministerial? E em qualquer uma das hipóteses, existirá interesse público?

A relevância social ou interesse público, portanto, são os elementos que têm o potencial para indicar a existência ou não de indisponibilidade e, na forma já transcrita no item “1” deste artigo, existem parâmetros objetivos para definir a presença ou não destes elementos.

Artigo 82, parágrafo 1º, do CDC informa que o “interesse social” pode ser evidenciado por três características:

- dimensão do dano – nos exemplos fornecidos, em uma situação apenas 10 pessoas sofreram problemas, enquanto que na outra 10.000 unidades teriam sido prejudicadas. Neste caso, não poderá ser autorizado que ingressem 10.000 ações simultaneamente no Foro Central, quando apenas uma seria necessária para a resolução do problema (“an debeatúr”), desta simples realidade emergindo a relevância social de proporcionar uma adequada prestação jurisdicional, não somente para o caso relativo às 10.000 unidades, mas para todas as demais causas que já tramitam no Poder Judiciário e seriam prejudicadas em seu andamento pelo súbito acúmulo de processos. Veja-se que os reflexos de uma grande demanda não são apenas endoprocessuais, mas panprocessuais ou extraprocessuais, considerações estas necessárias para que as realidades possam ser entendidas em toda a sua extensão.

Assim, o problema relativo aos 10 condôminos, na hipótese dos individuais homogêneos, pode ser identificado como “o mero somatório de 10 interesses individuais”. No problema atinente aos 10.000 condôminos, entretanto, os individuais homogêneos serão identificados pelo “somatório de 10.000 interesses individuais, acrescidos dos elementos relevância social e interesse público existentes na demanda ou, em outras palavras, acrescidos da indisponibilidade”, fazendo com que possa ser visualizado com facilidade que não

podem ser tratadas como iguais situações que são evidente e naturalmente diferentes.²⁷

Aliás, sobre o grande interesse público e relevância social existente na questão do desafogamento dos foros, merecem transcrição os números relativos aos processo que tramitaram e tramitam no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, situado em Porto Alegre²⁸:

“O número de ações julgadas cresceu 38,68% em comparação com o ano anterior, aumentando de 61.687 para 85.548.

A procura pelo Judiciário sofreu um acréscimo ainda maior. A quantidade de processos distribuídos passou de 89.054 em 1998 para 141.685 no ano passado. Um incremento de 59,1%

A corte implantou 16 novas varas federais em 14 cidades da Região Sul para descentralizar a Justiça, agilizar os julgamentos e facilitar o acesso da população ao Judiciário.”

Este apenas um exemplo de que os foros judiciais estão lotados de processo, sendo no mínimo contraditório que não se reconheça a legitimidade de entes coletivos para a óbvia diminuição de causas individuais com o mesmo objeto.

²⁷ Consuelo Yoshida comenta o assunto, dizendo o que segue: “No plano processual, a relevância social dos interesses em jogo a legitimar a atuação do órgão ministerial decorre das vantagens e conveniência da utilização de uma só ação (coletiva) para a defesa de uma série de direitos e interesses individuais, sem o risco de decisões conflitantes sobre a mesma matéria, atendendo, ademais, aos propósitos de **ampliação do acesso à justiça com desafogamento e agilização do Poder Judiciário, para garantia da maior efetividade da tutela jurisdicional.**” (grifo nosso).(Ob. cit., p. 779)

²⁸ Jornal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, fevereiro de 2000.

Retornando ao assunto dos exemplos antes declinados, o mesmo acontecerá relativamente aos interesses coletivos “*stricto sensu*”. No primeiro deles os 10 condôminos contratarão seu advogado para fazer o trabalho, enquanto no segundo será necessária a intervenção de um ente coletivo, podendo ser o Ministério Público;

- características do dano – sob este enfoque podemos imaginar as mais variadas hipóteses de dano, como o desmoronamento do edifício Palace II, no Rio de Janeiro, fato que ficou famoso, do Bateau Mouche que matou dezenas de pessoas na mesma cidade, o caso dos consórcios fraudulentos que vendiam carros zero quilômetro por preços irrisórios valendo-se dos classificados dos jornais de grande circulação ou qualquer outra hipótese que possa ser imaginada na área tributária, evidenciadora de elementos que indiquem a necessidade de uma resposta direta, rápida e eficaz não só dos Poderes constituídos, mas, principalmente, dos órgãos de defesa da cidadania;

- relevância do bem jurídico a ser protegido – aqui talvez esteja um dos elementos de mais fácil identificação no tratar as questões tributárias, dado que nem sempre a contraprestação aos tributos pagos é fornecida pelo Estado a contento, deste fato surgindo inúmeros problemas sociais, como a sonegação, demandas para evitar o pagamento de impostos, etc, haja vista que já existe um ambiente – especialmente em países subdesenvolvidos – de insatisfação relativo aos serviços de responsabilidade dos entes públicos. Tal situação fica, portanto, ainda mais agravada quando novos e ilegais tributos são cobrados, exação esta que atinge de maneira imediata a cidadania e a dignidade dos jurisdicionados.²⁹

²⁹ Novamente citamos Consuelo Yoshida: “A legitimidade *ad causam* ativa e o interesse de agir do Ministério Público na tutela jurisdicional coletiva dos direitos individuais homogêneos decorre da relevância social dos interesses

Com isso, podemos concluir da seguinte forma:

a- nos interesses difusos sempre existirá a indisponibilidade, dado que é impossível haver disposição do interesse coletivo nessa dimensão, tendo em vista que os lesados são pessoas indeterminadas. Ora, se são indeterminadas, como poderiam elas se manifestar e, desta forma, dispor do objeto de eventual processo;

b- nos interesses coletivos “stricto sensu” de um modo geral poderá existir o requisito da indisponibilidade. Entretanto, em algumas situações concretas como a demonstrada supra, tal não acontecerá;

c- nos interesses individuais homogêneos, da mesma forma, eventualmente poderá estar presente a indisponibilidade autorizadora da atuação do “Parquet”.^{30 31 32}

materiais envolvidos de forma mediata...: a tutela do Estado Democrático de Direito em face da violação em massa da ordem jurídica (bem difuso), a tutela da cidadania e da dignidade da pessoa humana em face da lesão em massa, individualmente experimentada e aferível, do direito (difuso) à habitação, transporte coletivo, educação e ensino, saúde, previdência e assistência sociais.” (Ob. cit., p. 778 e 779)

³⁰ Sobre o tema é o comentário de Hugo Nigro Mazzilli: “**No caso dos interesses difusos, em vista da abrangência ou extensão, não há negar, está o Ministério Público sempre legitimado à sua defesa; mas, no caso de interesses individuais homogêneos e até coletivos, a iniciativa do Ministério Público só pode ocorrer quando haja conveniência social em sua atuação.** Essa conveniência é aferida a partir de critérios como estes: a) à vista da **natureza do dano** (saúde, segurança e educação públicas); b) à vista da **dispersão dos lesados** (a abrangência social do dano, sob o aspecto dos sujeitos atingidos); c) à **vista do interesse social no funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico (previdência social, captação de poupança popular, et.)**.”(grifos nossos) (O Inquérito Civil, Editora Saraiva, São Paulo, 1999, p. 117)

³¹ Raimundo Gomes de Barros segue a mesma orientação: “Os interesses da coletividade que defendidos judicialmente, seja pelo MP, seja por qualquer dos demais legitimados, são elevados à categoria de iter de ordem pública e interesse social. São **indisponíveis**, exceto nos casos expressamente

Estas características da relevância social, que não são “*numerus clausus*” fizeram com que a doutrina, a partir da análise das “realidades” efetivamente existentes no caso concreto, se posicionasse favoravelmente à legitimação dos entes coletivos. Exemplo disso é o comentário de Cláudia Lima Marques³³ sobre o conceito de interesse social, e os comentários de Nelson Nery Jr.³⁴ e Teori Albino Zavaski³⁵.

definidos pelo próprio CDC. (Revista de Direito do Consumidor, editora RT, volume 8, São Paulo, outubro/dezembro de 1993, p. 164)

³² Antonio Gidi também aborda o assunto: “...os direitos individuais homogêneos globalmente considerados são indisponíveis pela comunidade de vítimas. Disponível é, apenas, cada um dos direitos isolada e individualmente considerados, por parte do seu titular individual, e não os direitos individuais homogêneos como um todo (coletivamente considerados).”

O próprio Ministério Público, entretanto, deve permanecer atento para não promover ações coletivas que tutelem ‘interesses genuinamente privados sem qualquer relevância social (...) sob pena de amesquinamento de relevância institucional do Parquet’. Poder-se-ia mesmo dizer que, em casos que tais, o MP não teria interesse de agir.

Isso é válido, não somente em relação à defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos, como também em relação à defesa coletiva dos direitos supraindividuais, notadamente os coletivos. Para legitimar a atuação do MP é preciso que haja ‘manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido’, para usar, analogicamente, as próprias palavras da lei (CDC, art. 82, parágrafo 1º.)”. (Revista de Direito do Consumidor, editora RT, volume 14, São Paulo, abril/junho de 1995, pp. 63 e 64)

³³ “A expressão ‘interesse social’ possui também uma outra finalidade específica no sistema do direito brasileiro e que merece ser mencionada. Trata-se de uma antiga polêmica brasileira sobre a legitimação para a defesa dos interesses difusos.

A proteção jurídica destes interesses de massa ou interesses transindividuais, em um país com tantas desigualdades econômicas e com níveis de formação tão diferenciados em sua população, só se tornaria uma realidade com a modificação das regras sobre o acesso à justiça e o fim da passividade social frente aos abusos do poder econômico. Nesse

Igualmente baseado na análise das situações concretas, assim se posiciona Adroaldo Furtado Fabrício³⁶, sobre a vulnerabilidade jurídica, especificamente enfocando o problema da dispersão e desorganização dos lesados:

sentido, a legitimação para agir na defesa dos interesses foi concedida não só para associações da sociedade civil organizada, mas também para órgãos estatais específicos (art. 82 do CDC).

Dentre os órgãos estatais destaca-se a participação do Ministério Público, fiscal da lei e novo 'Ombudsman' do Mercado de Consumo brasileiro. Neste sentido, a menção do art. 1º do CDC da expressão 'interesse social', pode facilitar a atuação do Ministério Público, pois o art. 127 da CF de 1988, autoriza a sua atuação ampla (administrativa e judicial) para: 'a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis'. (Revista Direito do Consumidor, Editora RT, São Paulo, volume 8, outubro/dezembro de 1993, pp. 46 e 47)

³⁴ "O Ministério Público tem legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos (artigo 129, III, CF). Quanto aos individuais homogêneos, a legitimação do Parquet para defendê-los está nos artigos 127, caput e 129, IX, ambos da CF e artigo 1º do CDC. Relativamente aos direitos individuais "puros", ou individuais em sentido estrito, não homogêneos, não há razão para o Ministério Público defendê-los em juízo." (Ob. cit., Revista de Direito do Consumidor, volume 1, Editora RT, São Paulo, 1992, p. 203)

³⁵ "...ao Ministério Público não cabe, evidentemente, bater-se em defesa de direitos ou interesses individuais, ainda que, por terem origem comum, possam ser classificados como homogêneos. Interesses individuais homogêneos não são, necessariamente, interesses sociais. Entretanto, quando tais interesses individuais homogêneos, mais que a soma de situações particulares, possam ser qualificados como de interesse comunitário, nos termos acima enunciados, não há dúvida de que o Ministério Público estará legitimado a atuar. Identificada situação em que interesses sociais desta natureza careçam de defesa, será dever do Ministério Público promovê-la, utilizando-se, para tanto, dos instrumentos processuais compatíveis e apropriados." (Revista de Informação Legislativa nº 117, p. 185)

³⁶ Revista de Direito do Consumidor, "As Novas Necessidades do Processo Civil e os Poderes do Juiz", editora RT, São Paulo, julho/setembro de 1993, pp. 31 e 32.

“Não se há de esperar que a comunidade incontável de lesados, *verbi gratia*, pelo uso de um medicamento ou alimento mal-formulado – como no caso da talidomida, para usar-se um exemplo nem tão recente – venha a manifestar por um a um de seus indivíduos componentes a pretensão indenizatória. Isso significaria, com efeito, a inviabilização desta pelo menos para a imensa maioria da dispersa e vaga coletividade interessada.

Essa é, de resto, apenas uma das faces do problema. Há mais, a imensa dificuldade de acesso individual dos lesados, em regra pobres, humildes e desinformados, aos órgãos jurisdicionais. E, mesmo para os que superem essas limitações e cheguem a colocar à face do juiz a sua queixa, resta a monumental e desanimadora diferença de forças, meios e recursos que separa o litigante eventual do habitual.

...

Considerados, pois, os contenciosos de massa, torna-se imperioso – como princípio e não como exceção – a reconhecimento de legitimação aos chamados corpos sociais intermediários. Aí se haverão de incluir os sindicatos, associações, organismos de defesa de interesses coletivos em geral. A legitimação do Ministério Público, para muitos gêneros, será complemento indispensável.

...o que se pode observar é um *crescendo* de reforço à representatividade e *legitimatío* dos corpos intermediários. Aqui, como em tudo, a união faz a força. A associação se impõe pelo número, é politicamente respeitada e socialmente prestigiada; não precisa temer as represálias e discriminações punitivas a que está irremediavelmente exposto o indivíduo. Isolado, este facilmente será esmagado, e outro consolo não terá senão o que lhe reconheceu Pascal, como atributo de sua racionalidade: o de saber que está sendo esmagado. Somando forças a seus pares na organização coletiva que por todos postula em

Juízo, ele ao mesmo tempo se dilui e se agiganta: despido de sua identidade individual, nada precisa temer; unido seu débil regato à torrente dos interesses comuns, pode igualar-se em poderio ao oponente.”

Ainda no que tange ao interesse de agir, importante trazer à colação os ensinamentos de Hugo Nigro Mazzili³⁷:

“Se o autor da ação for o Ministério Público parece-me que o interesse é presumido porque o Ministério Público é, diante do artigo 1º da Lei Complementar 40/81, encarregado de defender perante o Judiciário os interesses indisponíveis da sociedade. Ora, se a Lei o considera defensor de interesses transindividuais, assim porque a Lei lhe dá legitimação para defender os interesses difusos, deve-se-lhe presumir que tenha legítimo interesse para tal fim.”

Nessa mesma linha, Rodolfo de Camargo Mancuso³⁸ cita Milaré, Camargo Ferraz e Nery Junior, os quais invocam Francesco Carnelluti, nos seguintes termos:

“No que pertine ao Ministério Público, entende o mestre que o interesse processual deriva do poder (legitimidade) que o legislador lhe outorgou para o exercício da ação civil. Em outras palavras, o interesse está pressuposto (*in re ipsa*) na própria outorga da legitimação: foi ele identificado previamente pelo próprio legislador, o qual, por isso mesmo, conferiu a legitimação.”

³⁷ Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, volume 19, pp. 42 e 43.

³⁸ A Ação Civil Pública, Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 35.

Estes ensinamentos **servem para QUALQUER situação concreta, em que esteja presente a “origem comum”, a relevância social, em suma, a indisponibilidade**, o que acontece principalmente nas relações jurídicas tributárias de massa, sabido que eventualmente o Estado exacerba em suas condutas e abusa do seu poder em detrimento dos vulneráveis contribuintes.

5- ALGUMAS DECISÕES DA JURISPRUDÊNCIA:

Expressamente reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para a proteção de interesses individuais homogêneos são os termos do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, exarado no Recurso Especial nº 49.272-6/RS:

“... ”

O artigo 21 da Lei nº 7.347, de 1985(inserido pelo artigo 117 da Lei nº 8.078/90) estendeu, de forma expressa, o alcance da ação civil pública à defesa dos interesses e ‘direitos individuais homogêneos’, legitimando o Ministério Público, extraordinariamente e como substituto processual, para exercitá-la (artigo 81, parágrafo único, III, da Lei nº 8.078/90)...”

Merece transcrição, igualmente, a ementa do acórdão exarado no Recurso Extraordinário nº 163231 - 3, de São Paulo, Relator Ministro Maurício Corrêa, Recorrente Ministério Público de São Paulo:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTÍ-LAS EM JUÍZO.

...

2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura de inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III).

...

4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos.

4.1 Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas.

5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal.

5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público

investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade ad causam, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se a obrigação estatal.

Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses da coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação.

...acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e lhe dar provimento.”

Novamente do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. Ação Civil Pública. Direitos e interesses individuais homogêneos. Ministério Público. Legitimidade. Recurso especial.

Ementa: 1. Há certos direitos e interesses individuais homogêneos que, quando visualizados em seu conjunto, de forma coletiva e impessoal, passam a representar mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, mas verdadeiros interesses sociais, sendo cabível sua proteção pela ação civil pública.

2. É o Ministério Público ente legitimado a postular, via ação civil pública, a proteção do direito ao salário mínimo dos servidores municipais, tendo em vista sua relevância social, o número de pessoas que envolvem e já economia processual.

3. Recurso conhecido e provido.” (Resp 96.002.9908-01/SE – 5ª T. – STJ – j. 24.11.1998 – Rel. Min. Edson Vidigal.³⁹)

Especificamente tratando de questões tributárias, o Superior Tribunal de Justiça assim se posicionou:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Taxa de iluminação pública indevidamente cobrada pelo Município – Instituição de tal verba por Lei Municipal editada anteriormente à Constituição Estadual que impossibilita a ação direta de inconstitucionalidade – Interesse que visualizado em seu conjunto transcende à esfera puramente individual – Caracterização de interesse individual homogêneo – Legitimação do Ministério Público para propor ação civil pública, como substituto processual – Inteligência do art. 21 da Lei nº 7.347/85 c/c art. 117 da Lei 8.078/90.

Emenda oficial: A Lei nº 7.347 de 1985, é de natureza essencialmente processual, limitando-se a disciplinar o procedimento da ação coletiva e não se entremostra incompatível com qualquer norma inserida no Título III do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

É PRINCÍPIO DE HERMENÊUTICA QUE, QUANDO UMA LEI FAZ REMISSÃO A DISPOSITIVOS DE OUTRA LEI DE MESMA HIERARQUIA, ESTES SE INCLUEM NA COMPREENSÃO DAQUELA, PASSANDO A CONSTITUIR PARTE INTEGRANTE DO SEU CONTEXTO.

O artigo 21 da Lei 7.347, de 1985 (inserido pelo art. 117 da Lei 8.078/90) estendeu, de forma expressa, o alcance da ação civil pública à defesa dos interesses e ‘direitos individuais homogêneos’, legitimando o Ministério Público, extraordinariamente e como substituto processual, para exercitá-la (art. 81, parágrafo único, III da Lei 8.078/90).

³⁹ Revista de Direito do Consumidor, volume 32, Editora RT, São Paulo, outubro/dezembro. de 1999.

Os interesses individuais, 'in casu' (suspensão do indevido pagamento de taxa de iluminação) embora pertinentes a pessoas naturais, se visualizados em seu conjunto em forma coletiva e impessoal, transcendem a esfera de interesses puramente individuais e passam a constituir interesses da coletividade como um todo, impondo-se a proteção por via de um instrumento processual único e de eficácia imediata – a 'ação coletiva'.

O incabimento da ação direta de declaração de inconstitucionalidade, eis que, as leis municipais 25/77 e 272/85 são anteriores à Constituição do Estado, justifica também, o uso da ação civil pública para evitar as inumeráveis demandas judiciais (economia processual) e evitar decisões incongruentes sobre idênticas questões jurídicas.

Recurso conhecido e provido para afastar a inadequação, no caso da ação civil pública e determinar a baixa do autos ao Tribunal de origem para o julgamento do mérito da causa. Decisão unânime." (Resp N° 49.272-6- RS – 1ª Turma – j. 21.9.94 – Rel. Demócrito Reinaldo - DJU 17.10.94⁴⁰).

Desta forma, nos parece mais acertado o posicionamento que amplia a legitimação do Ministério Público, considerada a REALIDADE DA VIDA HUMANA, pois, no mínimo é uma orientação mais útil à concretização das funções sociais do direito⁴¹, senão para a configuração da justiça material.

⁴⁰ Livro de Teses do 12º Congresso Nacional do Ministério Público, TOMO III, Fortaleza, 1998, p. 786 e 787.

⁴¹ Paulo Valério Dal Pai Moraes, O Princípio da Vulnerabilidade no Contrato, na Publicidade e nas Demais Práticas Comerciais, Editora Síntese, Porto Alegre, 1999, pp. 45 e seguintes.

Ademais, a restrição à legitimidade do “Parquet” para a defesa de lesões decorrentes do relacionamento tributário infringiria o artigo 5º, inciso XXXV, da CF, o qual é assim escrito:

“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Tal aconteceria, posto que as pequenas lesões tributárias ou a vulnerabilidade jurídica como um todo, impediriam que fossem apreciadas as questões de massa.

Infringiria, ainda, o artigo 83 do CDC, o qual permite a utilização de “todas as espécies de ações” para a defesa dos direitos e interesses protegidos neste Código”, artigo este que deve ser combinado com o artigo 117 do CDC, que estende a previsão para qualquer outro interesse coletivo, na forma já vista.

Em síntese, se o Ministério Público ficar impedido de realizar a sua precípua obrigação constitucional, certamente proliferarão os litígios individuais e será diminuído o poder de proteção coletiva dos contribuintes e da coletividade em geral.

Assim, desenvolvendo um raciocínio de fácil previsão - já que tal processo psicológico é natural e possui lógica -, relevada a realidade legal e as decisões jurisprudenciais apontadas, sabedores os agentes público que, se não ajustarem suas condutas fiscais, sofrerão a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário, aumentará o poder de “barganha” dos contribuintes individualmente considerados, pois estes terão possibilidade de opinar e de não concordar com determinadas práticas ilegais. Atinge-se, desta forma, a concretização de três princípios válidos para as relações de consumo, mas igualmente úteis para as relações tributárias, quais sejam a harmonia do relacionamento tributário entre fisco e contribuinte, a repressão eficiente aos abusos e o respeito à natural vulnerabilidade dos contribuintes.

6- CONCLUSÕES:

6.1- Por expressa determinação do artigo 117 do Código de Defesa do Consumidor, todo o Título III da Lei Consumerista, ou seja, do artigo 81 até o artigo 104, se aplica às questões abrangidas pela Lei da Ação Civil Pública, dentre elas as questões tributárias;

6.2- São funções do Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Assim, não outorgar legitimidade ao “Parquet” para a defesa de interesses de massa de contribuintes ofende às normas dos artigos 127 e 129 da Constituição Federal;

6.3- O princípio da vulnerabilidade foi positivado no artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, mas, por ter substância, conteúdo de direito material, é aplicável a qualquer tipo de questão em que estejam presentes os requisitos de vulneração do mais fraco, inclusive em questões tributárias;

6.4- As abordagens realizadas no item “2” deste trabalho, relativas à vulnerabilidade do consumidor são integralmente válidas para os relacionamentos tributários de massa, dado que em ambas situações o que é discutido é a concretização do princípio da igualdade (igualar por intermédio da intervenção legal os naturalmente desiguais), independentemente da matéria que esteja sendo analisada;

6.5- Devido à densidade axiológica do princípio da igualdade, é fundamental a aplicação do princípio da vulnerabilidade e das demais regras de interesse social para a concretização daquele princípio do ordenamento jurídico;

6.6- Existe íntima ligação entre a questão consumerista e a tributária, não só pela via processual, mas pela via do direito material, haja vista que muitos dos tributos são repassados aos consumidores por intermédio dos mecanismos de composição do preço final, fazendo com que aqueles “paguem a conta”;

6.7- O Código de Defesa do Consumidor pode ser aplicado analogicamente às questões tributárias, tendo em vista a necessidade de concretização dos princípios da igualdade, da vulnerabilidade, da defesa do consumidor, da repressão eficiente aos abusos e da harmonia do relacionamento tributário;

6.8- O princípio da vulnerabilidade subdivide-se em pelo menos 6 perspectivas, sendo que a vulnerabilidade jurídica é plenamente identificada nos relacionamentos tributários de massa;

6.9- Vulnerabilidade jurídica é a possibilidade de o contribuinte ser maculado, ofendido, melindrado nos seus direitos básicos, considerada a sua dificuldade de, isoladamente, defender-se do fisco na esfera administrativa e judicial;

6.10- Na grande maioria das questões tributárias de massa o contribuinte caracteriza-se como litigante eventual, daí surgindo desigualdade que precisa ser debelada pela Lei de relevância social;

6.10- A vulnerabilidade jurídica dos contribuintes é agravada pelo fato de inexistirem associações capazes de organizar, congregar, unir lesados, diversamente do que acontece em outras áreas, como a ambiental, consumerista, etc;

6.11- Não existe possibilidade, na prática, de o contribuinte se contrapor individualmente a aumentos de IPTU, taxas de iluminação pública, taxas de lixo ilegais, etc, dado que não tem legitimidade para intentar ações civis públicas;

6.12- O acesso à justiça fica limitado com a adoção da tese da ilegitimidade do Ministério Público, principalmente considerando que o Promotor de Justiça está em todas as Comarcas. Ou seja, já existe estrutura na organização judiciária brasileira para resolver o grave problema das lesões fiscais de massa e ela ficaria ociosa injustificadamente;

6.13- A pequena monta de algumas lesões fiscais de massa impede que o contribuinte demande, ficando estes prejuízos

individualizados indevidamente. Considerada a questão no âmbito coletivo, grandes somas de dinheiro acabam por ser expropriadas ilegalmente dos cidadãos, devidos à concretização da dificuldade de acesso ao poder judiciário;

6.14- Não existem juizados especiais de pequenas causas tributárias, o que impede o acesso dos contribuintes individuais vulneráveis;

6.15- Com apenas uma ação coletiva são evitadas milhares de ações individuais de conhecimento sobre a mesma coisa, economizando-se dinheiro da estrutura estatal, dos contribuintes e oportunizando que outras questões que não podem ser reunidas coletivamente sejam julgadas com maior rapidez e efetividade;

6.16- O respaldo do Poder Judiciário às ações do Ministério Público promoverá a diminuição das ações individuais e coletivas em juízo, dado que os entes públicos, após reiteradas decisões em favor do “Parquet”, preferirão resolver as questões tributárias no âmbito administrativo do inquérito civil, por intermédio do compromisso de ajustamento (Lei n.º 7.347/85, art. 5º, parágrafo 6º). Assim, se atende ao interesse público e à tão reclamada efetividade das instituições;

6.17- A produção massificada de bens e serviços e o aumento da população passaram a demandar serviços ao Estado, o qual se vale dos tributos para cumprir suas obrigações. Assim, massificaram-se as relações tributárias, sendo imprescindível que o direito processual civil se compatibilize com estas novas realidades, sob pena de ser considerado obsoleto e inócuo;

6.18- Os interesses existentes em questões tributárias se caracterizam, de um modo geral, por serem coletivos “stricto sensu”, tendo em vista a existência de uma relação jurídica base, pessoas determinadas, transindividualidade e indivisibilidade do objeto;

6.19- O que define se o interesse é difuso, coletivo “*stricto sensu*” ou individual homogêneo é o pedido e a causa de pedir, sendo que nos individuais homogêneos o pedido é sempre de condenação genérica (art. 95 do CDC);

6.20- A “origem comum” caracterizadora dos interesses individuais homogêneos tanto pode se configurar ou estar presente em situações em que os lesados estejam unidos por circunstâncias fáticas (pretensão difusa), como em ocasiões em que eles estejam unidos por circunstâncias jurídicas (pretensão coletiva “*stricto sensu*”);

6.21- Uma mesma “origem comum” pode reunir simultaneamente interesses difusos, coletivos “*stricto sensu*” e individuais homogêneos, tudo depende do pedido e da causa de pedir;

6.22- Entendemos que inexistente motivo para atribuir legitimidade ao Ministério Público para a defesa de interesse individuais homogêneos ou coletivos “*stricto sensu*” advindos de problemas atinentes a mensalidades escolares e não atribuir a mesma legitimidade para a defesa de interesses individuais homogêneos e coletivos “*stricto sensu*” lesados em questões tributárias, dado que o indicador da necessidade de atuação via ação coletiva é o requisito “origem comum”, existente em ambas situações, e que independe do tipo de matéria tratada, considerado o seu cunho processual;

6.23- O Ministério Público sempre possui legitimidade para a defesa de interesse difusos, sendo que no tocante aos interesses coletivos “*stricto sensu*” e individuais homogêneos só terá legitimidade ativa quando presente o requisito da indisponibilidade, representado, no caso concreto, pelo interesse público e pela relevância social;

6.24- Alguns dos critérios identificadores da relevância social estão no artigo 82, parágrafo 1º, do CDC, sendo eles a dimensão do dano, as características do dano e a relevância do

bem jurídico a ser protegido. Além desses, a relevância social e o interesse público emergem da necessidade de permitir um fácil acesso à justiça, do desafogamento dos foros e da necessidade de economia processual, a fim de que a justiça não precise se manifestar várias vezes sobre a mesma questão, fornecendo um serviço público ágil, rápido e útil à sociedade;

6.25- O Ministério Público possui legitimidade para a defesa das questões tributárias que evidenciem interesse público ou relevância social, portanto, que contenham o requisito da indisponibilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- AMARAL JUNIOR, Alberto do – A Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.
- BARROS, Raimundo Gomes de – Revista de Direito do Consumidor, volume 8, Editora RT, São Paulo, outubro/dezembro de 1993.
- CASSONE, Vittorio – Direito Tributário Atualizado pela Nova Constituição, Editora Atlas, São Paulo, 1991.
- CHEIM JORGE, Flávio – Revista de Direito do Consumidor, volume 17, Editora RT, São Paulo, janeiro/março de 1996.
- EFING, Antonio Carlos – Revista de Direito do Consumidor, volume 17, Editora RT, São Paulo, janeiro/março de 1996.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado – Revista de Direito do Consumidor, volume 7, Editora RT, São Paulo, julho/setembro de 1993.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda – Dicionário da Língua Portuguesa, Editora Civilização Brasileira S.A., Rio de Janeiro, 11ª edição, 1987.
- FERREIRA DA SILVA, Luiz Renato – Revista de Direito do Consumidor, volume 8, Editora RT, outubro/dezembro de 1993.
- GIDI, Antonio – Revista de Direito do Consumidor, volume 14, Editora RT, São Paulo, abril/julho de 1995.
- GRAU, Eros Roberto – Revista de Direito do Consumidor, volume 5, Editora RT, janeiro/março de 1993.
- GRINOVER, Ada Pellegrini – Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 5ª edição, Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1998.
- L'HEUREUX, Nicole – Revista de Direito do Consumidor, volume 5, Editora RT, São Paulo, janeiro/março de 1993.

- MANCUSO, Rodolfo de Camargo – A Ação Civil Pública, Editora Revista dos Tribunais, 1989.
- MARQUES, Cláudia Lima – Revista de Direito do Consumidor, volume 8, Editora RT, São Paulo, outubro/dezembro de 1993.
- MAZZILLI, Hugo Nigro – O Ministério Público na Constituição de 1988, Editora Saraiva, São Paulo, 1989.
– O Inquérito Civil, Editora Saraiva, São Paulo, 1999.
– Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, volume 19.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai Moraes – O Princípio da Vulnerabilidade nos Contratos, na Publicidade e nas Demais Práticas Comerciais, Editora Síntese, Porto Alegre, 1999.
– Revista Jurídica, volume 264, out/99, Editora Notadez, Porto Alegre;
- NERY JUNIOR, Nelson – Revista de Direito do Consumidor, volume 3, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, set/dez. 1992.
– Revista de Direito do Consumidor, volume 1, Editora RT, São Paulo, 1992.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa – Curso de Direito Tributário, Editora Saraiva, 10ª edição, São Paulo, 1990.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de – Do Formalismo no Processo Civil, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.
- REALE, Miguel – Filosofia do Direito, volume 1, Editora Saraiva, São Paulo, 3ª edição, 1962.
- RIBEIRO, Neves – Revista de Direito do Consumidor, volume 12, Editora RT, São Paulo, outubro/dezembro de 1994.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha - Revista de Direito do Consumidor, volume 15, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, julho/set. 1995.
- VAL, Olga Maria do – Revista de Direito do Consumidor, volume 11, Editora RT, São Paulo, julho/setembro de 1994.
- YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato – Livre de Teses do 12º Congresso Nacional do Ministério Público Brasileiro, Tomo III, Fortaleza, de 26 a 29 de maio de 1998.
- ZAVASKI, Teori Albino – Revista de Informação Legislativa, volume 117.