

SEM REVISÃO

Restrição e exclusão do direito de ação molecular

Wallace Paiva Martins Junior^(*)

Promotor de Justiça – SP

1. Introdução

À impressionante velocidade e ao excessivo contingente de medidas provisórias que assolam o País, alterando abruptamente a ordem jurídica brasileira, calha o preciso comentário de Adilson Abreu Dallari: “são pontos fundamentais, definidores de um estado democrático, entre outros, a existência de uma constituição, a temporariedade dos mandatos e a responsabilidade dos governantes. O pressuposto é que a constituição seja permanente, duradoura, efetivamente respeitada; que os titulares dos mandatos políticos exerçam seus poderes, por um curto período de tempo, imprimindo ao governo seus programas e objetivos, mas debaixo dessa constituição; e que os governantes que se desviarem do que é determinado pela constituição e pelas leis sejam devidamente responsabilizados por isso. No Brasil, o que se observa é que cada governo, em vez de amoldar-se à Constituição, procura amoldá-la aos seus objetivos. O resultado disso é a insegurança jurídica, a falta de respeito pela Constituição, a ausência absoluta de uma “cultura constitucional” e a existência de uma Constituição temporária, provisória, debilitada. Para inverter completamente o quadro democrático, falta apenas instituir os governos permanentes, pela possibilidade de reeleições sucessivas. Não há necessidade de instituir a irresponsabilidade e a impunidade porque isso já existe de fato, como consequência de um sistema de conivências corporativas (Eu não te fiscalizo, tu não me fiscalizas, ele não nos fiscaliza, nós todos fingimos que nos fiscalizamos...). A desculpa para violentar a Constituição é a sempre a da impossibilidade de governar por causa de seus preceitos. Na verdade, o que se tem observado é que os males apontados pelos governantes não decorrem das normas constitucionais, mas, sim, do seu descumprimento”.⁽¹⁾

Não é intento aqui e agora discorrer sobre o instituto da medida provisória com a profundidade científico-dogmática que o tema exigiria, não obstante ter extrema utilidade cifrar, ao menos, dois aspectos que agravam o quadro e

(*) Mestre e Doutorando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Santa Cecília (Santos).

Obs.: Notas explicativas no final do artigo.

colaboram decisivamente para o completo estado de insegurança jurídica: a falta de definição das matérias subsumíveis a excepcionalidade do poder normativo antecipado conferido ao Presidente da República e a perda superveniente dos requisitos de revelância e urgência em razão da ampla liberdade de sucessivas reedições de medidas provisórias em razão da morosidade do Poder Legislativo na sua apreciação.

Não parece despropositada a imposição de meios de controle mais estritos e limites à reedição de medidas provisórias. Entretanto, o que transparece óbvio é que se o Poder Legislativo não consegue deliberar sobre a conversão da medida provisória no prazo constitucional fixado, a reedição não significa, via de regra, a urgência que a inspira como instrumento excepcional. Se o Poder Legislativo não delibera a respeito de seu conteúdo e permite ao Chefe do Poder Executivo sua reedição, o assunto não pode ser considerado urgente em termos mais objetivos. Com o perdão da licença ao tom mais coloquial, sendo tudo tão urgente, a nação é governada provisoriamente...

Entretanto, também assusta a falta de definição das matérias subsumíveis ao instrumento da medida provisória. A Constituição de 1988, promulgada com o propósito de instaurar um Estado Democrático de Direito, resolveu abolir o decreto-lei, ligado historicamente no direito brasileiro aos regimes ditatoriais de 1937-1945 e 1964-1985, cuja regulação na Constituição de 1967 na redação dada pela Emenda nº 01/69 previa, além dos requisitos, as matérias suscetíveis de normatização via decreto-lei. A ojeriza ao modelo autoritário de Estado foi excessivamente estimada pelo constituinte de 1988 que, sentindo a necessidade de confiar poder normativo equiparado à lei (ou com efeitos antecipados equiparáveis à lei) ao Poder Executivo para assuntos de relevância e urgência que não podiam aguardar o trâmite do regular processo legislativo, e, concomitantemente, extirpar do ordenamento jurídico instrumentos normativos empregados no regime de exceção (como o decreto-lei, cuja permissão alcançava sua aprovação por decurso do prazo de deliberação legislativa), subtraíram o caráter absoluto da reserva legal (lei do Parlamento) por um instrumento de essência antiga e denominação nova, olvidando a definição das matérias de seu âmbito, porém.

A lacuna rendeu ensejo à edição (e reedição) de medidas provisórias em todas as disciplinas jurídicas, até porque o conceito jurídico indeterminado relevância é amplo demais e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se recusava, inicialmente, ao exame de sua real ocorrência assinalando pertencer a tarefa ao poder discricionário do Parlamento. Não obstante, essa mesma jurisprudência foi demarcando, ainda que timidamente, limites às medidas provisórias: proclamação de sua inconstitucionalidade em matéria de direito pe-

nal, admissibilidade de sua edição em direito tributário desde que respeitado o princípio da anterioridade, impossibilidade de reedição de medida provisória (ou de disposição nela contida) rejeitada expressamente pelo Parlamento, inviabilidade de revogação de medida provisória sob exame do Poder Legislativo etc.

2. A medida provisória e os embaraços ao mandado de segurança coletivo

O Presidente da República editou a Medida Provisória nº 1984, já reeditada sucessivas e reiteradas vezes.⁽²⁾ Destaca-se em seu conteúdo (art. 5º),⁽³⁾ a alteração dos arts. 1º e 2º da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, de modo que “o prazo a que se refere o *caput* do art. 730 do Código de Processo Civil passa a ser de trinta dias” (art. 1º B), “prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos” (art. 1º C) e “nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços” (art. 2º A, parágrafo único), assuntos que podem ser considerados relevantes porém despidos de qualquer urgência a justificar o remédio dotado de excepcional dose de amesquinamento do princípio da legalidade no significado de reserva absoluta de lei do Parlamento – presposto básico e fundamental de um Estado Democrático de Direito.

Sem prejuízo, vai uma observação acerca manifesta tendência desse novo parágrafo único do art. 2º A da Lei nº 9.494/97, de introduzir expediente de restrição ao direito de ação pelos entes intermediários, colocando em risco o art. 5º XXXV da Constituição Federal, pois inviabiliza e dificulta a promoção de ação civil pública e mandando de segurança coletivo⁽⁴⁾ exatamente contra atos da Administração Pública centralizada e descentralizada, quando se tem em conta que o art. 5º, LXX, *b*, da Constituição Federal não permite sequer intuir implícita permissão para a exigência reclamada.

3. A medida provisória e a exclusão do cabimento de ação civil pública

Prosseguindo, essa medida provisória estabelece mais um expediente ou recurso de restrição, embaraço, óbice, estorvo e limitação de acesso ao controle judiciário da Administração Pública – e, ao mesmo tempo, uma técnica de reserva de imunidade de controle jurisdicional ou de autodefesa com indireta limitação do Poder Judiciário – ao subtrair em seu art. 6º⁽⁵⁾ certos te-

mas do tratamento jurisdicional de conflitos de natureza e dimensão transindividual por meio da ação civil pública.

Com efeito, acrescenta um parágrafo único ao art. 1º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, determinando que “não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”. Ou seja, ao mesmo tempo em que o inciso IV do art. 1º da Lei nº 7.347/85 declara cabível a ação civil pública para prevenção e repressão de dano ao patrimônio público e social e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, a medida provisória destaca do âmbito aquilo que a lei expressamente manifesta como receptiva. Vale dizer, a lei deu abertura a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (mesmo que não textualmente declarado por lei, mas assim caracterizado por sua estrutura), enquanto a medida provisória extraiu de sua incidência as questões envolvendo tributos, contribuições previdenciárias ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários possam ser individualmente determinados.

É óbvio que assim agiu o solitário legislador-executivo com o nítido escopo de evitar que os atos de governo fossem contestados por meio de sentença proferida em ação civil pública com efeitos *erga omnes* e solucionada a controvérsia que atinge indivisivelmente sujeitos determináveis com a facilitação da decisão molecular, artífice da eficiência na entrega da prestação jurisdicional. Claro também está que a restrição não elimina a contestação judicial de tais atos por ação individual e atomizada, mas fortalece o Poder Executivo, avoluma a demanda de recurso ao Poder Judiciário além de enfraquecê-lo. Por outro lado, e não menos importante, manifesta bem o espírito individualista que se procura implantar ao desmerecer a coletivização do acesso judiciário, até porque em função da escassa ou diminuta expressão econômica do interesse individual violado ligado a questões envolvendo tributos, contribuições previdenciárias ou outros fundos de natureza institucional, certamente, as ofensas a tais direitos não serão objeto de contestação em juízo em razão da onerosidade da relação custo-benefício para sua defesa (a contratação dos serviços advocatícios, as custas e despesas processuais, os ônus da sucumbência, terão maior valor do que o resultado individualmente angariado), não prevalecendo qualquer argumento hipócrita lançado em contrário.

Trata-se de um duro golpe na cidadania, pois ceifa a demanda molecular em área de intenso e relevante interesse público atinente à legitimidade da tributação, das contribuições previdenciárias e dos fundos institucionais, justamente aquelas cujas normas são constantemente alteradas causando prejuízos ao patrimônio das camadas mais desfavorecidas da população.

Urgência alguma a justifica tendo em conta que o emprego da ação civil pública para proteção de tais interesses data, no patamar normativo infraconstitucional, de 1990 quando a Lei nº 8.078/90 alterou o art. 1º da Lei nº 7.347/85 inserindo a norma residual do inciso IV, mormente se considerado que o Supremo Tribunal Federal não formou convicção pacífica a respeito. O tratamento jurisprudencial dispensado à matéria impõe uma análise mais detida.

4. Cotejo da medida provisória com o art. 96 da Constituição de 1937

Retornando ao tema principal deste estudo, a restrição (exclusão) promovida no art. 6º da Medida Provisória nº 1984 nada mais é do que uma refinada técnica de ressurreição do poder de correção das decisões judiciais pelos demais Poderes.

Não obstante abolida a Monarquia com a Proclamação da República em 1889, parece reservado na penumbra constitucional ao Poder Executivo o acúmulo das funções peculiares ao Poder Moderador exercido pelo Imperador. Mercê da afirmação do Estado Democrático de Direito em 1988, a Medida Provisória nº 1.984 concretiza a restauração de um instrumento perverso e antidemocrático constante da Constituição de 1937, embora com roupagem mais sofisticada e menos explícita nos seus desígnios. Na Constituição de 1937, o art. 96 conferia ao Legislativo o poder de suspensão, por ato legislativo, de decisão judicial declaratória da inconstitucionalidade de ato normativo. O instituto cumpria de dupla função: confirmação da validade da lei e cassação da decisão judicial questionada. Como o Poder Legislativo nunca funcionou no regime autoritário de 1937 a 1945, a prerrogativa do art. 96 foi exercida pelo Chefe do Poder Executivo pela edição de decretos-leis (art. 180, Constituição de 1937). As coincidências são meramente casuais...

Na essência, a finalidade da Constituição de 1937 e da Medida Provisória nº 1.984 é a mesma: cercear a função jurisdicional, só diferenciando os modos de atuação do limite. No regime autoritário de 1937, a supressão da jurisdição, além de prevista na Constituição, era, sem nenhum pudor, diretamente operacionalizada pela edição de decreto-lei sustando a decisão judicial e confirmando a lei julgada inconstitucional. No regime democrático de 1988, ela não é prevista na Constituição e se materializa indiretamente pela subtração (parcial) da tutela dos interesses transindividuais afetados por atos do poder público. Vale dizer, mediante medida provisória neutraliza-se a Constituição no seu art. 129, III...

Aliás, breve pesquisa histórica relata em 5 de setembro de 1939 a edição do Decreto-Lei nº 1.564 confirmando os textos de lei decretados pela União sujeitando ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos

estaduais e municipais, tornando ineficazes decisões do Supremo Tribunal Federal e de outros tribunais e juízos que tenham declarado sua inconstitucionalidade. O expediente do art. 96 da “Polaca” levou o Ministro Carlos Maximiliano a manifestar sua inconformidade com o decreto-lei confirmatório da norma cuja inconstitucionalidade foi decretada, em precioso voto no Supremo Tribunal Federal, salientando a impossibilidade de recurso ao direito comparado “porque a providência constitucional brasileira, consistente em reformar sentenças por meio de decretos, não encontra similar ou paradigma em país nenhum do orbe terráqueo”.⁽⁶⁾ E nem se diga que o instituto se arraigava na jurisprudência norte-americana, pois, naquele sistema jurídico o que se tolera é a reforma constitucional posterior à declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte, preservada integralmente a decisão judiciária, enquanto o modelo autoritário de 1937 cassava a decisão judicial com eficácia retroativa e preservava a lei inconstitucional.⁽⁷⁾

5. A inconstitucionalidade do art. 6º da medida provisória

A par destas observações preliminares, o art. 6º da medida provisória não tem respaldo constitucional. De início, acusa-se a mais sentida falta de urgência para o trato da matéria por medida provisória (art. 62, Constituição), requisito cuja falta é notabilizada pelas sucessivas reedições do instrumento normativo, pois se o Poder Legislativo não deliberou no prazo constitucional (trinta dias) é sinal que não há nada de urgente a prover. Em verdade, trata-se de mero projeto de lei com eficácia antecipada em trâmite e sujeito ao processo legislativo comum. E isso é distinto da medida provisória: ela tem por pressuposto o provimento rápido de uma situação jurídica por haver perigo de lesão, por essa razão atribui-se à proposta o efeito antecipado de lei e exige-se que o Parlamento a delibere, em definitivo, no prazo constitucional fixado e adequado à emergência reclamada.

O art. 5º XXXV, da Constituição, garante o acesso ao controle judiciário contra ameaça ou lesão a direitos individuais e transindividuais (difusos ou coletivos), não sendo tolerável nenhum expediente que venha neutralizá-lo direta ou indiretamente.

O art. 129, III, da Constituição, ao legitimar o Ministério Público para promoção da ação civil pública visando à proteção do meio ambiente, do patrimônio público e social também se refere a outros interesses difusos ou coletivos. Essa cláusula final de extensão abrindo a tutela aos interesses difusos ou coletivos não denominados em lei como tal, perceptíveis por sua estrutura, lança no campo de incidência da ação civil pública e, mais propriamente, na missão do Ministério Público todo e qualquer interesse difuso ou coletivo. Não se permite pela abertura conferida nenhuma restrição ou limitação no pa-

tamar infraconstitucional, sob pena de não ter nenhum sentido o dispositivo constitucional que se quisesse limitar explicitamente prescreveria com a redação “outros interesses difusos ou coletivos arrolados em lei”. Se assim não o fez, é porque quis abarcar todos os interesses que estruturalmente (e não apenas denominados em lei) são difusos ou coletivos. Se a lei pode, com mero caráter indicativo ou específico, regular autonomamente determinado interesse transindividual, entretanto, não pode subtrair do campo protetivo do art. 129 III direitos ou interesses estruturalmente difusos ou coletivos.

Observe-se, ainda, que nem mesmo emenda constitucional ao inciso III do art. 129 poderia sustentar uma tal e hipotética restrição, tendo em vista que se aviltaria pela violação de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, Constituição Federal) pois tanto o art. 129, III, quanto o art. 5º XXXV, instituem direitos individuais incólumes do poder constituinte derivado ou reformador.

6. Interpretação restrita da medida provisória

Atendendo a uma interpretação cuidadosa do parágrafo único implantado no art. 1º da Lei nº 7.347/85 pelo art. 6º da Medida Provisória nº 1.984 resulta que a restrição não se aplica aos interesses difusos, tão-somente aos coletivos. Isto porque as exclusões ali operadas têm um requisito condicionante inscrito na parte final do malsinado preceito legal.

Com efeito, soa o preceito legal que “não será cabível ação civil pública para veicular pretensões” envolvendo as relações ali taxativamente enumeradas (“tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional”), desde que haja possibilidade de determinação dos sujeitos (“cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”), refletindo, pois, a estrutura do interesse coletivo tal como o conceitua o art. 81, II, da Lei nº 8.078/90.

Ainda merece ponderar que sendo uma restrição, sua interpretação é excepcional e estrita aos termos da exclusão feita à regra, razão pela qual a limitação inserida pela medida provisória comentada só se admite em relação a controvérsias de interesse coletivo referentes exclusivamente ao seu objeto (“tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional”), e pela mesma técnica não terá cabimento em mecanismos outros de tutela de interesses coletivo, como, por exemplo, o mandado de segurança coletivo.

Há outro dado a considerar. A Lei Complementar Federal nº 75/93 designa ao Ministério Público Federal a função institucional de zelo pela observância dos princípios constitucionais relacionados ao sistema tributário e à seguridade social (art. 5º, II, *a, c*), instituindo como instrumentos de sua atua-

ção a ação civil para a proteção dos direitos constitucionais e a outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos (art. 6º, VII), a ação civil coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos (art. 6º, XIII) e outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 6º, XIV).

Estando, nos termos do art. 59 da Constituição Federal, em posição elevada em relação à lei ordinária, lei complementar não pode ser alterada ou afrontada por medida provisória em razão do princípio da hierarquia das leis, pois medida provisória tem o mesmo *status* de lei ordinária e até porque se nem lei delegada pode dispor sobre matéria reservada à lei complementar (art. 68, § 1º, Constituição Federal) tampouco poderá medida provisória como instrumento normativo do Poder Executivo. Ora, assim sendo, a medida provisória é inconstitucional e não se aplica ao Ministério Público Federal bem como aos Ministérios Públicos Estaduais tendo em conta os preceitos da Lei Complementar Federal nº 75/93 se aplicam subsidiariamente ao *Parquet* estadual (art. 80, Lei Federal nº 8.625/93).

7. Uma leitura crítica do posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Decerto, será argüido como sustentáculo da medida provisória a orientação dispensada pelo Supremo Tribunal Federal ao tema. O Supremo Tribunal Federal julgou o Ministério Público parte ilegítima para promoção de ação civil pública referente à cobrança de tributo (taxa de iluminação pública), cuja inconstitucionalidade foi sustentada por não reconhecer a existência de interesse difuso.⁽⁸⁾ O recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público contra a decisão do tribunal mineiro – que concluiu pelo descabimento da ação sob o pálio dos arts. 102, I, *a*, e 125, § 2º, da Constituição Federal (reserva da declaração de inconstitucionalidade no controle direto, abstrato e concentrado) – não foi conhecido. Todavia, a ementa registra que tratava de interesses de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigência tributária, cuja impugnação só pode ser promovida por eles próprios, de forma individual ou coletiva.

O voto do Relator Ministro Ilmar Galvão se assenta nas seguintes premissas: a) a previsão do art. 129 IX da Constituição Federal é limitada a funções coerentes com o art. 127 da Constituição, não se podendo incluir a proteção de direitos individuais disponíveis, ainda que homogêneos; b) o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública na defesa de interesses ou direitos indisponíveis e indivisíveis; c) a legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública referente a interesses coletivos e in-

dividuais homogêneos requer a presença da indivisibilidade destes, de acordo com a natureza e o interesse social bem como a abrangência (alcance da sociedade como um todo); d) a grande dispersão de lesados e a pequena expressão econômica do dano são fatores suscetíveis para dissuadi-los no acesso ao controle judiciário; e) a insurgência contra cobrança de taxa não configura direito individual homogêneo, de natureza difusa, pois não afeta toda a sociedade; d) confere-se o acesso a outras vias, como ação direta de inconstitucionalidade ou ações patrocinadas pelo contribuinte ou associação.

O Ministro Marco Aurélio, vencido, afirmou que: a) o art. 129 III da Constituição Federal contém preceito não taxativo; b) os interesses individuais homogêneos constituem espécie de interesse coletivo; c) o art. 5º II da Lei Complementar Federal inscreve ao Ministério Público o zelo pelos princípios constitucionais do sistema tributário.

Por sua vez, o voto (vencedor) do Ministro Sepúlveda Pertence⁽⁹⁾ tem as seguintes linhas mestras: a) admissão da legitimidade, em tese, do Ministério Público para proteção de interesses individuais homogêneos via ação civil pública; b) crítica ao entendimento do Ministro Maurício Corrêa (o art. 129 III é de eficácia limitada, dependente da específica norma legal), embora admita que o legislador possa proteger em leis específicas interesses difusos e coletivos; c) compete ao Ministério Público a defesa dos interesses sociais (art. 127); d) necessidade de identificação entre o interesse individual homogêneo e o interesse social, mas a lei seria insuficiente e poderia inibir a vontade constitucional, razão pela qual deve ser entendido como o interesse social segundo a Constituição vislumbrado a partir de certos critérios (pilares da ordem social prevista na Constituição e correspondência à persecução dos objetivos fundamentais da República);⁽¹⁰⁾ e) permissão de ação civil pública tendo como fundamento jurídico a inconstitucionalidade; f) em tese, o interesse social não compreende a defesa de qualquer resistência coletiva à tributação, porque a postura trai a contraposição apriorística entre o Estado e a sociedade civil, onde se reserva ao Estado o papel insubstituível na redistribuição de renda e na promoção do desenvolvimento social, constituindo a tributação instrumento de relevo; g) não obstante reconheça que a resistência judicial coletiva a tributos com efeitos regressivos (condutores de exacerbada concentração de renda) revela carga do interesse social segundo a Constituição, legitimando o Ministério Público à promoção da ação civil pública, tal premissa não está presente nos casos do IPTU ou de exação sobre a propriedade imobiliária visando à ordem social justa e solidária.

Causa certa perplexidade a decisão porque, segundo consta, a ação tinha dois pedidos (revisão e correção de lançamentos e repetição do indébito),

sendo um deles (revisão e correção de lançamentos) translúcido exercício da tutela de interesses coletivos (transindividuais; indivisíveis; pertencentes a grupo ou classe de pessoas determináveis ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base), aos quais o Ministério Público se acha legitimado a agir (art. 129, III, Constituição Federal), uma vez que o provimento jurisdicional aí seria completamente incidível, beneficiando indistintamente todos os contribuintes.

De outra parte, o Supremo Tribunal Federal vem reiteradamente julgando não caber ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo anterior à Constituição, assim decidindo porque não se dá conflito na hierarquia das normas na medida em que a inconstitucionalidade é congênita e pressupõe a superveniência da lei em relação ao diploma constitucional vigente, situando a incompatibilidade de lei precedente com texto constitucional superveniente no terreno do conflito de direito intertemporal, cuja solução é o reconhecimento da revogação da lei. Se assim não fosse, haveria autêntico “buraco negro” e denegação de jurisdição. Nestes casos, não se pode ceifar a ação civil pública, até porque o próprio Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do poder público, desde que a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à solução do litígio principal.⁽¹¹⁾ Note-se que no caso em análise, o controle concentrado de inconstitucionalidade estava obstado por duas razões: a) tratava-se de lei municipal, cuja inconstitucionalidade só pode ser argüida por contraste com Constituição Estadual perante o tribunal local; b) ainda que admissível, a lei municipal instituidora da taxa era anterior ao novo ordenamento constitucional (federal e estadual).

É certo, porém, que melhor se dará o debate de contraste entre lei superveniente e Constituição antecedente pelo controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Mas, além destes casos, ou seja, quando a disciplina regulamentar ou subalterna (portarias, instruções, etc.) contrastar com a lei posterior e compatível à Constituição, quando a lei for precedente à Constituição, quando a lei posterior à Constituição não puder ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade (por exemplo, contraste entre lei municipal e Constituição Federal), evidentemente, o ordenamento jurídico não pretende a marginalização do conflito de interesses à luz do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, não descartando, por isso mesmo, o aforamento de ação civil pública na tutela dos interesses dos contribuintes e beneficiários de fun-

dos de natureza institucional, sob pena de um intolerável “buraco negro” impossível com os pressupostos de uma sociedade cujo aparelho estatal é democraticamente organizado.

A indivisibilidade contrapõe-se a estrutura do interesse individual homogêneo. Qualquer tentativa de inscrição de um caráter indivisível ao interesse individual homogêneo será artificial. Em verdade, abriu-se na Lei Federal nº 8.078/90 a legitimidade do Ministério Público e o cabimento da ação civil pública para o interesse individual homogêneo (arts. 81 e 82), que não tem a estrutura indivisível e transindividual (em maior ou menor grau) do interesse difuso e do coletivo, por um critério de uniformidade de tratamento jurisdicional, este sim um interesse social indesmentível. O interesse é, sem dúvida, individual, disponível ou não, estruturalmente. É coerente com o espírito constitucional interpretar a legitimidade do Ministério Público com o art. 127 da Constituição Federal. O interesse individual homogêneo requer identificação com o interesse social e, além do critério apontado (uniformidade do tratamento judicial), outros são abertos: têm relação, precipuamente, com os direitos e garantias individuais, com as limitações ao poder estatal em prol da esfera de direitos e liberdades individuais, com as obrigações positivas cometidas ao Estado em favor do indivíduo ou da comunidade, com os princípios jurídicos orgânicos do Estado, com os objetivos e fundamentos da República e do Estado Democrático de Direito.

Não bastasse a feliz invocação do art. 5º II da Lei Complementar Federal pelo Ministro Marco Aurélio, mesmo à falta de expressa disposição soa lógico que as relações jurídicas de liberdade ou de sujeição do indivíduo ao poder público, como as tributárias e as administrativas, se inserem ontologicamente na identificação do interesse social, notadamente aquelas que têm uma grande dispersão de lesados e uma pequena expressão econômica do dano como motivos para dissuadir, por falta de razoabilidade (proporcionalidade ou economicidade: grande sacrifício para obtenção de pequeno benefício), a defesa individual de direitos em ações atomizadas. A tributação, qualquer que seja seu fim (fiscal ou extrafiscal), não tolera o emprego de meios ilícitos. Nisso se reflete o interesse social.

Embora se entenda que nestes casos a defesa coletiva (ação civil pública) pelo Ministério Público é coberta de legitimidade constitucional pela presença do interesse social, não se ignora que uma distinção de natureza processual possa ser feita para restringir o meio. Não há como sustentar que a proteção do interesse coletivo pelo Ministério Público exija a presença do interesse social, porque nisso a Constituição é explícita ao legitimar o órgão. Assim, em face de tributação ilícita a tutela de interesses coletivos (transindividuais, indi-

visíveis, pertencentes a grupo ou classe de pessoas determináveis ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base), encontra legitimação não exclusiva no Ministério Público (art. 129, III, Constituição Federal), uma vez que o provimento jurisdicional adequado (cessação da atividade nociva) aí seria completamente incindível, beneficiando indistintamente todos os contribuintes. Com relação à recuperação do indébito concretiza-se a defesa de interesse individual homogêneo, uma vez que a liquidação do dano (reconhecido genericamente na sentença) tem o atributo da cindibilidade. Presente o interesse social, legitimidade ostenta o Ministério Público. E ainda que se infirme esta tese, relativa ao interesse individual homogêneo, não é viável constitucionalmente negar a outra, referente ao interesse coletivo.

Por fim, não vinga sustentar que a proteção dos interesses individuais homogêneos pela ação civil pública patrocinada pelo Ministério Público só encontra viabilidade nas relações de consumo, porque a previsão reside no art. 81 III do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90). O argumento peca porque prevalece um sistema de interação entre as normas processuais (próprias e específicas) de tutela de interesses transindividuais, de tal sorte que a Lei Federal nº 7.347/85 foi completada pelo Título III da Lei Federal nº 8.078/90 (arts. 81 a 104): o art. 117 da Lei Federal nº 8.078/90 acrescentou na Lei Federal nº 7.347/85 o art. 21 com esse propósito.

NOTAS EXPLICATIVAS

- (1) ADILSON ABREU DALLARI. “Constituição e Orçamento” in “Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política 15”, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1996, ano 4, pág. 18.
- (2) Em 27 de março de 2001, a matéria objeto deste estudo foi reeditada pela Medida Provisória nº 2.102-29.
- (3) Art. 4º, Medida Provisória nº 2.102-29.
- (4) O Supremo Tribunal Federal vem entendendo dispensável a exigência de autorização expressa dos filiados de entidade de classe (RTJ 134/666, 142/446, 146/131, 150/104).
- (5) Art. 6º da Medida Provisória nº 2.102-29.
- (6) “Mandado de Segurança 623”, Revista Forense nº 82, págs. 298-300.
- (7) GILMAR FERREIRA MENDES, “O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade”, Revista de Informação Legislativa nº 134, Brasília: ano 34, abr./jun. 1997, págs. 16-18.
- (8) RE nº 213.631-0-MG, Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, m.v., 9.12.1999, DJU 7.4.2000.
- (9) Consistente em reprodução do voto proferido no RE nº 195.056.
- (10) Neste sentido, fornece os exemplos de mensalidades escolares, seguridade social, saúde (planos privados, vítimas de doenças profissionais etc.)
- (11) Recl. nº 1.733-8-SP, Medida Liminar, Rel. Min. Celso de Mello, 24.9.2000.