



IDONEIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA GARANTIR DIREITOS DOS CONTRIBUINTE

Júlia Linhares Costa, Beatriz Reis Abreu

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 (CRFB/1988) garante, em seu art. 5º, XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Contudo, quando se trata da discussão da legalidade da cobrança de tributos, percebe-se uma ineficácia do dispositivo, visto que, para que os efeitos de uma eventual decisão judicial que declare a ilegalidade do tributo atinja a todos os contribuintes afetados pelo referido tributo, é necessário discutir a constitucionalidade deste tributo por meio da Ação Direta de Constitucionalidade (ADI) ou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Nesse sentido, a ineficácia do acesso a justiça se torna clara porque, primeiro, em sede destas ações só se pode discutir a constitucionalidade do tributo e, segundo, pelo fato das referidas ações só poderem ser propostas pelos elencados no art. 103 da CRFB/88, o que prejudica a propositura da ação quando se quiser discutir, por exemplo, um tributo de competência municipal.

Chegando à conclusão de que a propositura de ADI e ADPF são inviáveis para a temática, sobrar a solução do contribuinte levar a questão ao judiciário de forma solitária. Contudo, novamente se percebe uma dificuldade, visto que uma possível prestação jurisdicional favorável a este contribuinte só teria efeito *inter partes*, ou seja, entre as partes do processo, não podendo abarcar, portanto, os outros contribuintes afetados pela incidência ilegal do tributo.

Assim sendo, apesar da vedação legal do parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/1985, a Lei de Ação Civil Pública (LACP), o objetivo deste presente trabalho é analisar a Ação Civil Pública (ACP) como forma idônea de discutir a legalidade de tributos.

DESENVOLVIMENTO

Inaplicabilidade da ADI e da ADPF para discutir a legalidade de tributos

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) é uma ação característica do controle abstrato brasileiro, cuja finalidade é declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Nesta ação, a legislação é questionada em si, ou seja, não há prévia apreciação de caso concreto, pretensões individuais nem tutela de direitos subjetivos. A CRFB/88 traz no seu artigo 103, inciso I ao IX, os legitimados a propositura da ação.

Julgada procedente a ação, a autoridade expedidora do ato impugnado será noticiada para que revogue ou modifique a referida norma. A sentença que declara a procedência da ADI possui efeito *erga omnes* – oponível contra todos, independentemente da sua participação no litígio –, *ex tunc*, visto que a decisão passa a ter efeito retroativo e repristinatório.

Por outro lado, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) foi uma inovação introduzida no sistema de controle de constitucionalidade pela emenda constitucional nº 03 de 1993, que acrescentou ao artigo 102 da CRFB/88 o parágrafo 1º. A ADPF é iminentemente subsidiária, sendo admitida apenas quando não houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. A sua criação veio suprir a lacuna deixada pelas demais ações de controle abstrato de constitucionalidade.

A legitimação ativa para propositura da ADPF é a mesma prevista para a ADI, a saber, os elencados no artigo 103, I a IX, da CRFB/88.

As decisões procedentes em sede de ADPF também possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, norteando o juízo sobre a legitimidade ou ilegitimidade em atos de mesmo teor.

Como se pode perceber, portanto, a propositura de ADI e ADPF está limitada aos elencados no art. 103 da CRFB/88 e, justamente por tal motivo, manifesta-se claramente a inaplicabilidade do princípio constitucional de acesso à justiça. Ora, se propositura de tal ação está condicionada ao arbítrio daqueles nove elencados, não será nada fácil para o contribuinte pleitear a sua demanda em juízo. Seria necessário provocar algum dos elencados para que proponham as referidas ações – o que as torna inacessíveis.

De acordo com os ilustres Bryant Garth e Mauro Cappelletti,

A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito subjetivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a condução

final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 06).

Assim sendo, observa-se na presente situação uma completa “desigualdade de armas” quando se percebe que o contribuinte está sujeito ao arbítrio do Executivo infrator e que ainda não possui armas em seu poder para combater esta injustiça, já que dependem da boa vontade dos elencados no art. 103 da CRFB/88 para ver sua demanda apreciada.

Esclarecem ainda os dignos autores que é necessário que a “condução final” dependa apenas dos méritos jurídicos relativos às partes antagônicas, ou seja, o acesso à justiça não deveria depender de aspectos extralítígio - o que se configura no presente caso, visto que os contribuintes dependem do juízo de valor dos elencados para ter sua demanda apreciada.

Não obstante estes fatores, os referidos autores ainda discutem o porquê de algumas espécies de litigantes gozarem de uma gama de vantagens (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 07) enquanto os outros devem trespassar a burocracia processual para ter efetivo acesso à justiça. Este fato também é questionável em sede da instituição de tributos, pois há de se pensar que apenas pelo fato do Poder Executivo ser o sujeito passivo da demanda, ele ter diversas vantagens processuais estratégicas sobre os contribuintes.

Os referidos autores concluem com maestria ao afirmar que a acessibilidade da justiça enfoca as inúmeras barreiras que precisam ser pessoalmente superadas, antes que um direito possa ser efetivamente reivindicado através de nosso aparelho judiciário. Muitas (senão a maior parte) das pessoas comuns não podem – ou, ao menos, não conseguem – superar essas barreiras na maioria dos tipos de processos (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 08).

Conclui-se que os contribuintes estão diante de “barreiras” que impedem a “igualdade de armas” para se safarem da cobrança ilegal de um tributo, estando estes, então, reféns da arbitrariedade do Estado.

Ainda no que concerne estas ações, de acordo com Orione Dantas de Medeiros, como o objeto destas são as “supostas inconstitucionalidades de lei ou de ato normativo” (DANTAS DE MEDEIROS, p. 200, 2013), se torna ilegítima a sua propositura para discutir a legalidade de leis ou atos normativos.

Assim sendo, caso a arbitrariedade de instituição e cobrança de algum tributo não configure ofensa à Lei Maior, é inadmissível a propositura de ADI ou ADPF, restando a opção para o contribuinte diretamente atingido pela ilegalidade de um tributo recorrer pessoalmente ao Judiciário para questionar o fato.

Conclui-se, por fim, que a propositura de ADI ou ADPF para questionar a constitucionalidade de um tributo não é a saída mais viável para ao contribuinte que se vê refém dos arbítrios do Executivo, mormente em razão da inacessibilidade dos elencados no art. 103 da CRFB/88 e do fato de que estas ações apenas discutem aspectos constitucionais do tributo e não questionam ilegalidades à nível da legislação ordinária.

Inviabilidade da discussão da legalidade de tributos de forma incidental e aplicabilidade da Ação Civil Pública

No direito brasileiro, há coisa julgada quando à sentença judicial não cabe mais recurso, impondo definitivamente a solução da lide confiada ao Poder Judiciário. Sobre os efeitos da coisa julgada, encontramos seus limites no art. 472 do Código de Processo Civil (CPC) que aduz em sua parte inicial: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”.

Fica claro que apenas as partes se vinculam à decisão judicial, passando a se sujeitar à resposta jurisdicional. Assim sendo, a coisa julgada produz efeitos *inter partes* em uma relação jurídica.

Para o prosseguimento do raciocínio, insta esclarecer que, de acordo com o Código Tributário Nacional (CTN), a instituição de um tributo advém de uma relação jurídica - a relação jurídico-tributária.

Nesse sentido, em se tratando de defesa dos direitos dos contribuintes, pode-se perceber que os direitos eventualmente advindos da relação jurídico-tributária consistiriam em direitos coletivos.

Art. 81. (...)

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

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (Código de Defesa do Consumidor).

Assim sendo, na eventual possibilidade de uma Ação Civil Pública ser proposta em virtude da violação de um direito coletivo, no caso, a ilegalidade de instituição e cobrança de um tributo, a sentença transitada em julgado será imutável *ultra partes* (além das partes) e não *inter partes*, conforme ocorre com uma demanda judicial comum. Mesmo com o limite da coisa julgada sendo além das partes do processo, ela será limitada ao grupo, categoria ou classe de lesados, ou seja, a coisa julgada terá limite em todos os contribuintes afetados pela instituição e cobrança ilegais de um tributo.

Como a sentença transitada em julgado será limitada a todos os sujeitos passivos da relação jurídico-tributária, haverá considerável economia processual, visto que, se todos os contribuintes afetados fossem ingressar em juízo, o Poder Judiciário ficaria sobrecarregado. Na ACP, tendo os contribuintes se apresentado como assistentes ou não, serão eles beneficiados pela decisão julgada procedente.

Por fim, o sujeito passivo ainda poderá utilizar a sentença judicial transitada em julgado da ACP como título executivo judicial e pleitear o valor que lhe seria devido, como, por exemplo, no caso da suspensão do tributo e o desejo do contribuinte de reaver o valor que já fora pago.

Cabe ressaltar, também, que caso o pedido da ACP seja julgado improcedente, nada obsta que o contribuinte que ainda se veja lesado aproveite-se de seu direito de ação e recorra pessoalmente em juízo para ver a sua prestação jurisdicional concedida.

Conclui-se, portanto, que, como os efeitos de uma demanda judicial comum são *inter partes*, atingindo apenas as pessoas envolvidas no processo, se todos os atingidos pela instituição ilegal de um tributo não se propuserem como assistentes, os demais sujeitos passivos da relação jurídico tributária - que não ingressaram em juízo -, não perceberão uma eventual prestação jurisdicional favorável. Por outro lado, em sede de ACP, como os efeitos da sentença transitada em julgado da defesa de interesses coletivos são *ultra partes*, estes serão limitados a todos os sujeitos passivos da relação jurídico-tributária, independentemente de terem assistindo no processo ou não. É notável, então, a facilidade que a Ação Civil Pública traria para a demanda de direitos coletivos advindos destes tipos de relações jurídicas.

Ação Civil Pública como meio idôneo a discutir a legalidade de tributos

Não obstante a óbice do parágrafo único do art. 1º da LACP, que afirma que a ação não será cabível para veicular pretensões que envolvam tributos e contribuições previdenciárias, existem diversos fatores que viabilizariam a revogação desta norma em benefício do acesso à justiça e dos direitos dos contribuintes.

O primeiro fator consta do art. 4º da LACP, o qual reza que “poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta lei”. Nos dizeres de Elpidio Donizetti, o processo cautelar assegura a eficácia do processo de conhecimento e do processo de execução (DONIZETTI, p. 1217-1218, 2014). Nesse sentido, em se tratando de direitos dos contribuintes, caso haja a discussão da legalidade do tributo por meio de ADI, por exemplo, não existirá meio acautelatório, o que acarretaria a mora na prestação jurisdicional. Existiria apenas a declaração do STF de que tal norma é inconstitucional e a consequente suspensão de sua eficácia. Contudo, a norma continuará a produzir efeitos até a prolação da decisão de inconstitucionalidade. Assim sendo, entre a instituição da norma e a suspensão de sua eficácia, haveria um lapso temporal no qual a obrigação de pagamento do tributo seria exigida.

Reside neste fator a viabilidade da ACP para assegurar o direito dos contribuintes, vez que a ação cautelar corroboraria para a eficácia na prestação jurisdicional. Conforme Elpidio Donizetti:

A existência do processo cautelar justifica-se pela natural demora na atuação e satisfação do direito por meio do processo de conhecimento, seguido do cumprimento da sentença. Essa demora (...) pode conduzir a ineficácia da prestação jurisdicional. Surge então o processo cautelar como garantia da efetividade da tutela satisfativa, que é deferida de pronto, mediante averiguação superficial e provisória da probabilidade do direito do requerente e da possibilidade de ocorrência de dano de difícil reparação (DONIZETTI, p. 1218, 2014).

Além deste fator, temos também a facilidade com a qual o contribuinte poderá ver sua demanda apreciada, conforme arts. 5º e 6º da LACP. De acordo com o art. 5º, têm legitimidade para propor a ação o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre

concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Nesse âmbito, conforme o art. 6º, qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil. Novamente se vê presente aqui um meio facilitador aos contribuintes de terem acesso à prestação jurisdicional justa e adequada. Qualquer contribuinte poderia, se fosse o caso, provocar o *Parquet* para que este investigue e conduza uma ação civil pública para questionar a ilegalidade de um tributo.

Não obstante tal fator, o art. 7º ainda dá a prerrogativa aos juízes e tribunais de se, caso, no exercício de suas funções, tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeter peças ao Ministério Público para as providências cabíveis, havendo, aqui, igualmente, outro facilitador.

Por fim, está presente o fator constante do art. 16º da LACP, o qual afirma que “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*”. Conforme já exposto, pelo fato da demanda se originar de uma relação jurídica (a relação jurídico-tributária), os direitos advindos desta relação consistiriam em direitos coletivos (Art. 81 do CDC) e, por tal motivo, a sentença transitada em julgado seria imutável *ultra partes* (além das partes), sendo apenas limitada ao grupo, categoria ou classe afetada pela instituição do tributo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir, portanto, que, não obstante exista a vedação do parágrafo único do art. 1º da LACP, o qual veda o cabimento da Ação Civil Pública para veicular pretensões que envolvam tributos, a revogação desta norma traria grande benefício, mormente em sede de acesso à justiça e garantia do art. 5º, XXXV, da CRFB/88.

REFERÊNCIAS

COSTA GUIMARÃES, Nilson Jorge. **A arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2508/A-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental>>. Acesso em 8 de junho de 2015.

DANTAS DE MEDEIROS, Oriane. **O Controle de Constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988: do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo**. Revista de Informação Legislativa, Ano 50, nº 200, 2013.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 18. ed. São Paulo (SP): Editora Atlas S.A., 2014.

GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. **Natureza Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

GONÇALVES, Eduardo Chiari. **A ação direta de inconstitucionalidade contra leis e atos administrativos**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2592>. Acesso em: 7 de junho de 2015.

JARDIM DE AMORIM, Victor Aguiar. **Dos limites subjetivos da eficácia da coisa julgada**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18883/dos-limites-subjetivos-da-eficacia-da-coisa-julgada/3>>. Acesso em 9 de junho de 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 4. ed., rev. e atualizada. Rio de Janeiro (RJ): Forense; São Paulo: MÉTODO: 2009

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 5. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2013.