

RÉQUIEM PARA A AÇÃO CIVIL PÚBLICA *

Cassio Scarpinella Bueno

I) Morte

Os sinos da matriz de uma pequena cidade de um grande país badalavam. Tocavam e convocavam os fiéis para a Missa.

Dois fiéis, que caminhavam à praça central, atendendo ao chamado conversavam:

“- Que coisa. Morreu mesmo?”

“- Morreu!”.

“- Mas, morreu como?”

“- Ora, morreu morrendo. Está morta”.

“- Mas foi de morte morrida ou de morte matada”?

“- “Tão dizendo que foi de morte matada. Coitada.... Tão jovem”.

“- De morte matada?”

“- É, de morte matada. Bem matada. Toda a vez que ela tentava se levantar batiam de novo. Foi horrível”.

Um diálogo simples como este poderia render, fosse este que escreve capaz para tanto, um conto, um romance, uma novela policial. Todo seu enredo seria calcado na descoberta de quem morreu e como; qual o motivo e a importância da sua morte. Não fosse importante, ninguém a comentaria. Nem o autor. E não haveria nem conto, nem romance e nem novela policial.

*. Publicado originalmente em FIUZA, César Augusto de Castro; DE SÁ, Maria de Fátima; DIAS, Ronaldo Brêtas C. (coord.). *Temas atuais de direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, páginas 49-72 e no *Boletim dos Procuradores da República* n. 31. São Paulo, novembro de 2000, páginas 3-11.

Aqui, entretanto, não se trata nem de um e nem de outros. Trata-se da mais pura realidade. Realidade que poucos deram conta. Que poucos comentaram e o que é mais triste — talvez mais triste que a própria morte, que é vida — que poucos sabem. E os que sabem não querem acreditar porque nada fazem.

É fato, no entanto, que a ação civil pública morreu. Se não morreu toda, morreu um pedaço. Grande e essencial. Morreu a ação civil pública das questões tributárias e das questões previdenciárias. Morreu a ação civil pública que tentou, um dia, realizar as promessas que a Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988 ousou fazer também no campo dos direitos sociais. E para que não parem dúvidas sobre isto digo que a ação civil pública morreu. E já morreu três vezes, nos últimos três meses.

Morreu a ação civil pública que um dia ousou ir contra a voracidade fiscal do Estado e afastar, de uma só vez, toda a ganância tributária imposta à população brasileira. Não àquele que sabe o direito ou daquele que tem dinheiro para pagar tributaristas especializados na invenção de teses e mais teses que têm como premissa que *todo* o tributo criado no Brasil é inconstitucional (e por que ler as leis se são todas inconstitucionais?). Mas daquele humilde que paga tributo porque sequer sabe que, fosse um país sério, não teria que pagar tributo para avaliar fluxos de pagamentos de outros ingressos mal servidos, mal usados e desviados pela corja que, desde sempre, governa ou manipula o Brasil, suas instituições e seus destinos. Nem a CPMF sabe falar a língua do ‘p’, o que poderia lhe dar alguma identidade nacional. É que seu pê é falso e mentiroso. De provisória nada tem.

Morreu a ação civil pública que quis canalizar o acesso à Justiça nas lides tributárias e previdenciárias. Que quis realizar, neste campo, as aspirações que os livros ainda hoje insistem em ensinar que só podem se realizar nos campos das relações privadas, entre particulares. Só lá e ponto. Nenhuma palavra ou consideração quanto às relações de direito público, individuais ou coletivas. Justamente aquelas que, hoje, *têm* que ser entendidas, compreendidas e efetivadas. Senão a Constituição não é cidadã.

Morreu a ação civil pública. E ninguém deu conta. Nem uma vela, nem nada. Morreu e só.

Morreu antes mesmo de completar quinze anos de idade. Sequer debutou. E ninguém deu conta. Isto é triste. É muito triste. É para se lamentar.

E morreu em 2 de junho e morreu em 29 de junho e morreu em 28 de julho deste ano e ainda morrerá. Acreditem.

E quem matou?

Quem matou — e de morte matada —, foi uma medida provisória. Destas tantas que andam por aí. Daquelas que, como pesadelos e sonhos ruins, vêm de vez em quando para nos assombrar. E o que é pior. É medida provisória. Para matar mesmo — porque assim se decidiu — tem que matar todo o mês. Senão não mata. É querer viver para ser morta. Pior que seqüência de filme de Hollywood ou de bestseller. Nestes, a continuação pressupõe que algum mocinho tenha sobrevivido à fúria ou à ira do bandido. Aqui, quem continua é só a morte. É a morte quem tem continuação para se auto afirmar e buscar sublimação. É morte que nega a vida após a morte. É a pior morte que alguém pode imaginar. É morte que se repete para matar. Para não deixar dúvidas que matou. Para negar o direito de crer e ter fé de que, depois da morte, existe vida.

Uma de suas últimas mortes se deu num domingo, dia 30 de julho de 2000. Enquanto o pequeno Rubinho chorava com a bandeira nacional na distante Alemanha e chamava para si um espírito de patriotismo, de orgulho de ser brasileiro, ou seja lá o que a mídia determinar que seja, mataram novamente a ação civil pública.

Uma edição extra de Diário Oficial da União, repleta de medidas provisórias. Todas misturadas, umas com as outras, tratando de muitos e muitos temas, outras tantas variações; disparando tiros para todos os lados sem qualquer constrangimento. Mais de cinquenta páginas de textos normativos que, por definição, entram em vigor no dia de sua publicação. Foi aí que um dia que a ação civil pública morreu mais recentemente. E ninguém viu ou quis ver. E ninguém deu conta ou não quis dar. Está morta. E ainda tão jovem.

A alcunha da assassina? Medida Provisória nº 1.984, dígito 20, de 28 de julho de 2000, dígito 21 de 28 de agosto de 2000 e assim por diante. Até quando?

E a ação civil pública morreu porque se decidiu introduzir um elemento estranho em seu corpo. Um vírus, um câncer, uma bactéria, algo transgênico. Que tipo de crime? Não sei. Mas eficaz, não há dúvida. Introduziu-se um novo parágrafo único no art. 1º da Lei nº 7.347/85 com a seguinte redação:

“Art. 1º. (...)

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de

Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.

Fosse um conto policial e o leitor, querendo identificar todas as circunstâncias do crime, apontaria que a mesma medida provisória, desde sua 18ª reedição (de 1º de junho de 2000), havia *ampliado* o objeto da ação civil pública para que ela pudesse caber também com relação a crimes contra a economia popular. Se assim é, a Medida é inocente. Não foi ela quem matou.

Mero álibi, no entanto. A ampliação do objeto da ação civil pública só serviu, serve e servirá para desviar a atenção de eventuais investigações quanto ao fato aqui descrito. Ela estava sendo determinada por *outra* Medida Provisória, até a de número 1.965-15, de 26 de maio de 2000, que, ainda hoje, é reeditada nas vestes da Medida Provisória nº 1.965-17, de 26 de julho de 2000 sem esta inovação. Que fique claro: mero álibi ou tentativa de desviar a atenção. Não se pode deixar levar por isto. Demagogia normativa.

O fato é que, isto é importante deixar bem claro, a ação civil pública está morta.

Desde 2 de junho de 2000, quando morreu pela primeira vez com a décima-oitava reedição da Medida Provisória nº 1.984-18, ela já não pode mais “veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente considerados”. E se não pode mais é porque morreu. Morreu pelo menos quanto a isto. É esta, basta ler a Medida, a vontade do Poder Executivo Federal. Não há qualquer margem a dúvidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85.

A ação civil pública morreu.

“- *Requiem aeternam dona eis, Domine: et lux perpetua luceat eis*”.

II) Ira

Mas o que a ação civil pública fez ou quis fazer para que fosse morta, assassinada, esquartejada deste modo? Tão jovem e tão perigosa !? Qual o motivo da ira que a ação civil pública provocou no Governo Federal? Por que esta vingança tão brutal?

O que é muito claro no novo parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85 é que o Executivo Federal quer, vez por todas, vedar *todas e quaisquer* ações civis públicas que

tenham por objeto as matérias indicadas no dispositivo: questões tributárias, previdenciárias e relativas ao FGTS toda vez em que se puder saber, individualmente, quem são os eventuais beneficiários da investida jurisdicional.

O dispositivo quer evitar, assim, o acesso coletivo à Justiça o que permite, com uma só penada jurisdicional, ver reconhecido o direito de um sem número de pessoas afetadas por atos governamentais. Que tira do anonimato o indivíduo e transforma-o em cidadão. Que permite realizar as diretrizes da constitucionais, tornando *efetivas e concretas* as promessas que lá se lê.

Se assim é — e quem pode duvidar disto? — vê-se aparente a ira despertada pela ação civil pública e o desejo de vingança. Dizem que se ouviu no final do mês de maio deste ano, nos corredores da Casa Civil, pouco antes da edição da décima oitava reedição da Medida Provisória nº 1.984, um comentário mais ou menos assim: “- Temos que matar a ação civil pública antes que ela nos mate”.

Decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal (para mencionar duas: Recurso Extraordinário nº 213.631/MG, Relator o Ministro Ilmar Galvão e Recurso Extraordinário nº 195.056/PR, Relator o Ministro Carlos Velloso), afirmaram a ilegitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública par questionar exações tributárias. Taxas de iluminação pública e IPTU, respectivamente.

Sem querer pretender analisar estes dois julgados aqui, é certo é que a Medida Provisória, desde sua décima-oitava reedição, deixou bem claro que nem o Ministério Público, nem ninguém que possa constar do art. 5º da Lei nº 7.347/85, pode ajuizar ações civis públicas para questionar tributo algum. Por quê? Porque a ação civil pública, neste caso, não cabe. E ponto. Está vedado este *caminho processual coletivo* para tutelar pretensões decorrentes daqueles direitos materiais. Seja pelo Ministério Público ou por qualquer um dos demais legitimados ativos para sua propositura.

É o que se lê da exposição de motivos da reedição de número 18 da Medida Provisória mencionada:

“Nessa esteira, a Suprema Corte, em acórdão relatado pelo Ministro Ilmar Galvão (RE nº 213.631-0) decidiu pela ‘ausência de legitimação do Ministério Público para ações da espécie, por não configurada, no caso, a hipótese de interesses difusos, como tais considerados os pertencentes a todos e a cada um dos membros da sociedade, como um bem não individualizável ou

divisível, mas, ao revés, interesses de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigência tributária cuja impugnação, por isso, só pode ser promovida por eles próprios, de forma individual ou coletiva’.”

Mas se assim é, qual relevância e urgência para a Medida Provisória? A maioria do Plenário do Supremo Tribunal Federal acabou de entender, ainda que por argumentos diversos, que o Ministério Público não tem legitimidade para ajuizar ações civis públicas que tratem de questões tributárias. Não seria o suficiente para autorizar que o Judiciário como um todo freasse qualquer iniciativa similar, à luz do art. 557 e seus parágrafos, do Código de Processo Civil, na redação da Lei nº 9.756/98? Não seria suficiente para legitimar, por exemplo, o pedido de suspensão (*rectius*, apagão) que se lê no, hoje, § 8º do art. 4º da Lei nº 8.437/92, também na redação que lhe deu a Medida Provisória nº 1.984-20, de 28 de julho de 2000? O que faz o Governo Federal temer a ação civil pública e baixar uma tal vedação e estancar o acesso coletivo à Justiça?

A resposta à primeira e à última destas questões, fica lançada, não está, ao menos em um primeiro plano, na vedação da ação civil pública tributária. Ela está muito mais voltada às ações civis públicas que versem sobre contribuições previdenciárias (v.g.: INSS), FGTS e ‘outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados’.

(In)feliz coincidência: justamente em maio deste ano, teve início no Supremo Tribunal Federal, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 226.855 em que se discute, fundamentalmente, a correção monetária dos depósitos do FGTS correspondente a diversos planos econômicos (Bresser, de julho de 1997; Verão, de fevereiro de 1989; Collor I, de março de 1990 e Collor II, de fevereiro de 1991). E foi em maio que se jurou a ação civil pública de morte pela primeira vez.

A expectativa é que, em alguma medida, o Supremo Tribunal Federal entenda cabível a correção monetária do Fundo naqueles ou em alguns daqueles períodos, reconhecendo, assim, a ilegitimidade dos expurgos inflacionários declarados à época.

Dados oficiais afirmam que uma ‘derrota’ do Governo perante o Supremo Tribunal Federal nestes casos significará uma perda de pouco mais de R\$ 53 bilhões. Embora a magnitude destes valores tenha provocado reações e discordâncias as mais diversas, inclusive quanto à exatidão dos números apresentados, não é menos verdade que *nisto* repousa a urgência e a relevância que fundamentou a edição da Medida Provisória.

É ler a Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 1.984-18, de 1º de junho de 2000, onde se matou, pela primeira vez, a ação civil pública. Ela é *expressa* a este respeito:

“Em outra matéria de extrema relevância, observe-se que, embora o art. 1º da Lei nº 7.347, de 24.7.85 (Lei da Ação Civil Pública) discrimine as hipóteses em que a ação civil pública é cabível, entre elas, para a proteção de interesses difusos ou coletivos, tem ocorrido muitas vezes, propositura de ações envolvendo interesses que não se caracterizam como difusos ou coletivos. Não obstante, em numerosas hipóteses os juízes não extinguem, de pronto, o processo, por ilegitimidade do Ministério Público ou da associação autora (art. 267, VI, do CPC), circunstância que traz incontáveis inconvenientes às Fazendas Públicas, pelo universo de interessados abrangidos pelas ações, não obstante plenamente identificáveis as pessoas que o compõem.

(...)

Há casos bem recentes, envolvendo pleitos de correção monetária dos depósitos vinculados ao FGTS, formulados pela via da ação civil pública, quando é evidente que versam sobre direitos disponíveis, passível de prescrição a respectiva ação, com titulares facilmente identificáveis. Por essa perspectiva, justifica-se o esclarecimento, por via legislativa, da disciplina sobre a matéria, com a inclusão de parágrafo único ao art. 1º da Lei nº 7.347, de 1985”.

Eis a razão pela qual é insuficiente amputar a ação civil pública, vedando sua propositura pelo Ministério Público na linha dos precedentes do Supremo Tribunal Federal. O Ministério Público é apenas *um* dos diversos legitimados para a propositura de ação naqueles moldes, cada um deles com aptidão para perseguir o *direito declarado* pelo mais alto Tribunal do país para variados grupos e camadas sociais. Quiçá para todos aqueles que tenham depósitos do FGTS afetados, em alguma medida, pelos precitados planos econômicos. De uma vez só.

Com uma agravante: ao contrário do que se diz com relação ao Ministério Público em função do *caput* do art. 127 da Constituição Federal, não há qualquer óbice para que, *v.g.*, uma associação de classe tutele, em juízo, direitos *individuais e disponíveis* de seus associados, sua própria razão de ser.

Antes que alguém tivesse tempo para lembrar disto, matou-se a ação civil pública. E confessou-se. Amputar e aleijar a ação civil pública, assim, é pouco. É querer ler.

E mais: qualquer jornal, de qualquer dia, faz questão de enfatizar, quando menos, uma nota a respeito de algum rombo nas contas do INSS, do FGTS, da impossibilidade de a União arcar com os custos derivados destes déficits, que o passivo jurisdicional destes fundos supera a marca de alguns (outros) bilhões de reais e assim por diante.

Uma vez mais aqui a declaração de que é inconstitucional fazer o que o Governo tem feito nestes fundos institucionais, quando menos desde o Plano Bresser, em 1987, está fazendo verdadeira sombra no Executivo Federal. Mas por que o Executivo temeria esta sombra? A ação civil pública está morta. Não há mais o que temer. Se sombra existe, ela paira sobre as cabeças dos cidadãos brasileiros. O problema é, portanto, dos cidadãos brasileiros. Não do Governo.

Ao invés de estudar condições de dar cumprimento efetivo a decisão do mais alto Tribunal do país é isto que faz o Governo: elimina mecanismo de tutela jurisdicional coletiva deste direito (declarado existente pela Corte de cúpula do Judiciário nacional) impedindo, assim, que, de uma penada, *todos* possam ser, igualmente, beneficiados com uma decisão *uniforme* a respeito do tema.

Afinal, a Constituição, já no *caput* do art. 5º declara que são *todos iguais* perante a ordem jurídica. Se assim é, como o FGTS de um pode ser corrigido monetariamente de maneira diversa da do outro? Por que acabar com a harmonia e a passividade do diálogo entre os dois simpáticos personagens que abriram estas linhas? Por que fazer com que um desconfie do outro — ou dos advogados ou dos promotores de Justiça ou dos juízes de sua pequena cidade — já que o FGTS de um sofreu um acréscimo que o do outro não sofreu e não sofrerá?

E isto não é conjectura e não é imaginação e não é ficção. É fato. É a dura realidade. É justamente este medo, este receio e esta vontade de não tolerar a incidência do princípio da isonomia que levaram a ação civil pública a seu trágico fim. O poder da ação civil pública, a sua aptidão para realização da justiça e da cidadania sociais, declaradas soberanamente pela Constituição Federal, declararam sua própria morte. Traída pelo seu próprio virtuosismo.

Aí a ira do Executivo que desafiou as *funções institucionais* de cada um dos Poderes, delineadas na Constituição. O Executivo ri do Judiciário e amplia, sem qualquer critério e sem qualquer técnica, a interpretação de que o *Ministério Público* não pode propor ações civis públicas tributárias porque interesses tais são (ou seriam) individuais e disponíveis e, quanto ao recolhimento do IPTU ou de uma taxa de iluminação pública, de nenhuma repercussão social compulsória. Se o Ministério Público não pode por que alguém mais

poderia? Paternalismo estatal e fim do início — rarefeito mas início —, da institucionalização e da estruturação da sociedade civil brasileira. E quem se deu conta?

Fosse uma aula de processo civil e não se poderia deixar de questionar o que este corpo estranho, o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85, representa para o processo ou como pode ser ele entendido nas instituições e na técnica de direito processual civil. Uma ação não poder mais veicular pretensões com este ou aquele conteúdo (porque o Governo não quer) deve ser entendido como perda de interesse de agir, impossibilidade jurídica — condições da ação, portanto — ou trata-se de julgamento de mérito antecipado no Palácio do Planalto?

Não me prenderei na busca destas respostas. Não aqui. É certo, entretanto, que como a coisa foi feita — o que se confirma pela leitura da Exposição de Motivos transcrita acima — trata-se de um exemplo de *impossibilidade jurídica do pedido* que nem Liebman na Itália fascista conseguiria imaginar para ilustrar as edições de seu *Manuale* que se seguiram à admissão do divórcio naquele país.

Qualquer pedido formulado em ação civil pública que diga respeito a questões tributárias, previdenciárias e sociais, dentre elas a do FGTS, é *juridicamente impossível*. Assim, tais pedidos devem ser equiparados a ilicitude. Nem se deve pensar, portanto, numa ação civil pública destas, porque é errado, é ilegítimo e é injurídico. É inválido e, como tal, não pertence ao ordenamento jurídico nacional. É bom demais para pertencer...

“- *Dies irae, dies illa, calamitatis et miseriae, dies magna et amara valde. Dum veneris judicare saeculum per ignem*”.

III) Medo

Há medo por toda a parte. Há morte e há violência. O brado de ira e de vingança fazem-se presentes mês a mês. A Constituição já não é bastante para assegurar o cidadão. Seus enunciados de direitos e garantias — de limitação ao poderio estatal — são meras palavras, meros enunciados levados pelo vento. Já não há mais escudo contra abusos do poder estatal.

Pode querer, o Executivo que *não caiba mais* ação civil pública nos casos que o novo parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85 menciona ou em outros que podem, amanhã, por qualquer razão, despertar a ira, o desejo de vingança ou, quando menos, a desconfiança por parte do Governo?

O fato é que o *objeto* da ação civil pública, enquanto tal, não é assegurado pela Constituição Federal. Ao menos expressamente. O que ela assegura é a legitimidade do Ministério Público para seu ajuizamento quando o caso envolver a tutela de interesses e direitos difusos e coletivos (art. 129, III).

Ninguém negará, entretanto, que a ação civil pública está constitucionalizada, quando menos, no princípio do acesso (coletivo) à Justiça e no princípio do devido processo legal, constantes nos incisos XXXV, LIV e LV, todos do art. 5º da Constituição Federal. Garante-se o devido processo legal e a inafastabilidade do controle jurisdicional *também* para as formas *não-individuais* de exercício da tutela jurisdicional.

Por qual razão? Porque, muita vez, ou se garante o acesso *coletivo* à Justiça ou não há acesso à Justiça. Se, por hipótese, o custoso para se ir à Justiça é maior do que o benefício que se quer perseguir, a *necessidade* da tutela jurisdicional é, em si mesma, um obstáculo intransponível ao pedido de sua realização. Isto é verdade. Mas é mais verdade para nós deste grande país que o acesso *coletivo* à Justiça apresenta-se comumente como o *único* meio de se pleitear a tutela jurisdicional. É que por aqui é muito comum que se quer tenha-se idéia do que é acesso à Justiça e de quais são os direitos que se pode pretender um juiz declare existentes. Muito menos que depois da declaração judicial cumpre realizar e cumprir esta declaração e que só assim se pode falar em tutela jurisdicional *eficaz*. Ou se é *agido* em juízo ou não se age. Este é o grande mérito destas ações coletivas em terras como as nossas em que *ainda* não há consciência plena de cidadania.

A tutela jurisdicional coletiva, neste contexto, é instrumento inequívoco de realização da *cidadania*, tal qual garantida na Constituição. Que pena. Com a morte da ação civil pública matou-se também o querer ser cidadão:

“O Processo Constitucional, através da jurisdição constitucional da liberdade, não poderá estar a serviço de uma ordem jurídica liberal, que consagra normas de conteúdo ideológico individualista. Ao garantir a ordem jurídica total, tornará o homem livre de todos os dissabores que ferem a sua liberdade, dignidade e situação de ser humano, dotado de necessidades espirituais e materiais. Os instrumentos adequados à proteção desses valores só serão viáveis, por meio de um Processo Constitucional, que não tenha apenas as preocupações formalistas, mas as de criar uma nova ordem social, que abrigue a totalidade das pessoas, em igualdade de condições, que não deverão ser, apenas, formais.

O Processo Constitucional deve ser um instrumento eficaz para fazer consagrar, respeitar, manter ou restaurar os direitos individuais e coletivos, quando lesados, através de qualquer fonte, seja ela do próprio poder, dos indivíduos, grupos ou mesmo de ordem econômica e social inadequada, à realização da dignidade humana.

Os Tribunais Constitucionais não têm, apenas, a missão de interpretar e aplicar o direito comum, mas a de antecipar, através de adequado Processo Constitucional, a realização das aspirações da sociedade humana..” (José Alfredo de Oliveira Baracho, *O Processo Constitucional*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1984, p. 364).

O Governo vê-se ameaçado pelos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, faz as contas do que deverá pagar aos cidadãos (devolver aquilo que *nunca* poderia ter pensado em tirar ou não reconhecer) e, fazendo uma elástica interpretação de outros julgados, veda, proíbe, torna ilegítimos, contaminando de *impossíveis juridicamente* certos objetos de ações civis públicas.

Há medo porque as regras do jogo democrático foram rompidas. E foram rompidas no *meio* do jogo.

O novo parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85 também fez questão de desconsiderar e de matar o debate democrático (participativo) para a criação de novas regras de comportamento para a sociedade brasileira. Sequer a *forma* utilizada para matar a ação civil pública pode assumir qualquer ânimo de *legitimidade* em um Estado Social, Democrático e de Direito.

O Projeto de Lei Complementar nº 77/99 (de iniciativa do próprio Executivo Federal), que altera do Código Tributário Nacional, traz um art. 210-B com idêntico comando àquele veiculado desde a décima-oitava reedição da Medida provisória: “Não cabe ação civil pública em matéria de natureza tributária e previdenciária”.

Paralelamente, outro projeto de lei complementar (este do Senado Federal), que disciplina o que denomina de Código de Defesa do Contribuinte, dispõe expressamente sobre a admissibilidade da tutela jurisdicional *coletiva* do contribuinte, reconhecendo, em seus arts. 47 e 48, todo um sistema processual *coletivo* (*rectius*, não individual) inspirado nos arts. 82 e seguintes do Código de Defesa e Proteção do Consumidor.

Embora antagônicos — radicalmente antagônicos entre si —, os dois são projetos de lei *complementar* que, quase ocioso dizer no meio jurídico, exige um *quorum* de aprovação mais qualificado que aquele exigido para as leis ordinárias (CF/88, art. 69). Mais: há aqueles autores (e mais de um projeto de emenda à Constituição) que entende injurídico medida provisória dispor sobre matérias reservadas para a lei complementar. A este respeito, bastantes as observações de Clèmerson Merlin Clève em seu *Medidas provisórias*, São Paulo, Editora Max Limonad, 2ª edição, 1999, p. 78.

Mesmo que não se entenda, no entanto, *formalmente* inconstitucional esta inovação (só lei complementar pode dispor sobre a defesa jurisdicional do contribuinte?), ninguém deixará de destacar que, mesmo que a alteração do Código Tributário Nacional venha a prevalecer sobre aquelas idealizadas pelo Código de Defesa do Contribuinte e o cabimento de uma ampla tutela jurisdicional coletiva, esta mudança será *legítima* do ponto de vista democrático. Porque foi discutida, defendida, debatida, odiada ou amada por parlamentares e, reconheça-se, pela comunidade jurídica e pela sociedade civil como um todo. É legítima, mesmo que possa ser uma lei antipática (a depender do ponto de vista de quem a examina, evidentemente), na exata proporção em que houve inegável *participação* popular, direta e indireta, na sua edição.

Nada disto, no entanto, existe no novo parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública. Atropelou-se todo o *processo* legislativo, legitimador de decisões políticas, e, entendendo haver urgência e relevância baixou-se medida provisória. Urgência e relevância sim. Urgência e relevância para impedir a concretização de direitos constitucionalmente garantidos.

Há medo quanto ao futuro.

São comuns as notícias sobre as leis complementares que tramitam no Congresso Nacional e que pretendem estabelecer programas de previdência complementar e de previdência para o setor público. Tudo para estabilização de contas públicas. Por que tolerar investidas jurisdicionais coletivas diante destas reformas de base que se avizinham?

Tem-se debatido, com maior ou menor freqüência, também, a respeito da emenda constitucional que *disciplina* o uso de medidas provisórias. Dentre tantos pontos e tantas preocupações e tantas barganhas políticas, parece não haver mais dúvidas quanto a emenda reconhecer que as medidas provisórias editadas até então não precisam obedecer o regime jurídico a ser estabelecido a partir de então, em especial, a vedação e a limitação de números de sua reedição. Há consenso, ao que tudo indica, para se reconhecer um *direito*

adquirido à reedição de medidas provisórias ou, até mesmo, a que as medidas editadas até a promulgação de uma tal emenda à Constituição permaneçam em vigor até que o Congresso Nacional manifeste-se sobre elas. Sobre este último ponto, v. Clèmerson Merlin Clève, *Medidas Provisórias*, cit., p. 157 e o anexo de pp. 231/234.

O que se pode inferir destas últimas colocações? O Executivo Federal estaria ‘garantindo’ o *seu* direito (!) de disciplinar certas matérias como quer por medidas provisórias e que, de uma forma ou de outra, poderiam, no *seu* ponto de vista, comprometer pontos de governo (ou de governabilidade) ainda em estado latente? Seria esta a razão que justificaria a reedição das quase oitenta medidas provisórias mensalmente reeditadas e ainda pendentes, muitas delas, há anos, de apreciação pelo Congresso Nacional?

Pertinente a questão. Amanhã, por hipótese, são aprovadas as leis complementares a respeito dos planos de previdência complementar e da previdência para os servidores públicos. Qualquer questionamento a seu respeito poderá(ia), ao menos em tese, dar ensejo à propositura de uma ação civil pública. Temendo que isto aconteça e que não se possa lançar mão de medidas provisórias para *debelar* o acesso *coletivo* à Justiça, impede-se, desde já, que este ‘pesadelo’ torne-se realidade. Assegura-se, assim, mitigando e eliminando formas processuais de exercício da tutela jurisdicional, a governabilidade do país. Mata-se a ação civil pública por precaução.

O futuro traz mais medo e mais insegurança.

Todas as ações civis públicas hoje pendentes e que dizem respeito a um dos bens jurídicos veiculados no novo parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85 podem (*rectius*, devem) ser extintas sem julgamento de mérito por impossibilidade jurídica do pedido (ou falta de interesse de agir) nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, em função da incidência da *nova* regra nos processos pendentes (CPC, art. 462). A Exposição de Motivos que acompanhou a décima-oitava reedição da Medida, aliás, é claríssima quanto a esta *imposição* ou quanto à *conveniência* deste fecho.

Se extintas, entretanto, o que fazer com estas ações se, por acaso, a Medida Provisória não for reeditada? Ações podem ser extintas por trinta dias a depender da próxima reedição da Medida? E se, por acaso, for ela considerada inconstitucional?

De outro lado, há consenso doutrinário quanto à existência de um “Código de Processo Civil Coletivo” derivado da aplicação mútua e recíproca da Lei da Ação Civil Pública

e do Código do Consumidor. A vedação, ora introduzida no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85, pode dizer respeito a *qualquer* ação coletiva, mesmo que não *ação civil pública*?

Sistematicamente falando pode-se responder negativamente a esta questão? Pode-se afirmar que a reciprocidade dos sistemas da Lei da Ação Civil Pública e do Código do Consumidor só diz respeito àqueles aspectos legislativos que *favorecem* o consumidor e/ou a tutela jurisdicional coletiva?

Dúvidas houvesse acerca destas respostas, e sua solução derivaria da conjugação do mesmo parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85 e do parágrafo único do art. 2º-A da Lei nº 9.494/97, ambos obra da medida provisória em destaque.

De acordo com o primeiro dos dispositivos não cabe mais ação civil pública quando puderem ser identificados individualmente eventuais beneficiários da ação. O segundo deles, criando um novo requisito para a petição inicial das ações coletivas propostas contra o Poder Público (dentre elas a ação civil pública, por que não?), exige a apresentação, nestes casos, de relação nominal dos associados do autor da ação e indicação dos respectivos endereços.

É ler os dispositivos para ouvir os sinos da morte: uma petição inicial *apta* de ação coletiva proposta contra o Poder Público (Lei nº 9.494/97, art. 2º-A, parágrafo único) redundaria no seu não cabimento por ofensa ao parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública. Afinal, não cabe ação civil pública “cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.

Medo e nada mais do que medo.

“- *Tremens factus sum ego et timeo, dum discussio venerit atque ventura ira, quando coeli movendi sunt et terra*”.

IV) Lamento

Ora, dirá alguém, ações individuais (ainda) são possíveis para esta e outras tantas finalidades. Sem dúvida que sim. Mas quem tem medo de algumas poucas ações individualmente ajuizadas? Qual a consciência individual que o povo brasileiro tem de seus direitos constitucionalmente assegurados? Qual a *efetividade* dos mecanismos jurisdicionais de asseguramento e reconhecimento destes mesmos direitos individualmente? A razão de ser das

ações coletivas, repise-se, é justamente a de afastar estas *dúvidas* quanto ao exercício e à *efetividade* da cidadania.

É mesmo. Lendo o novo parágrafo único do dispositivo, tem-se a impressão de que o acesso individual (visão anacrônica da amplitude dos princípios constitucionais do processo já mencionados) é tolerado ou é *admitido* porque ele é atomizado e fraco e desorganizado, por sua própria natureza. Ver-se, a União Federal, inibida de lançar determinado tributo de *um* contribuinte? Ver-se, a União Federal ou seja lá quem for, condenada a remunerar dignamente o FGTS de um trabalhador? Menos mal.

De outra parte, ver-se, a União Federal, inibida de cobrar determinado tributo ou devolver arrecadações pretéritas flagrantemente inconstitucionais ou depositar diferenças em contas do FGTS para toda uma coletividade? Isto é problema, por definição. Daí não se admitir o acesso *coletivo* ao Judiciário.

Mas a ‘tolerância’ quanto ao acesso *individual* à Justiça é apenas aparente. Ao mesmo tempo em que se proíbe, porque ilegítima, a ação civil pública para os fins constantes do novo parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85, *atomiza-se, dificulta-se, impede-se* mesmo, a tutela jurisdicional do direito do indivíduo em diversas facetas. Proíbe-se a concessão de liminares, exige-se, para início da execução, o trânsito em julgado e favorece-se, aqui e acolá, a interposição de recursos e mais recursos pelas pessoas públicas ou por quem lhe faça as vezes.

Assim, embora se pudesse querer que, ainda hoje, malgrado a morte da ação civil pública, o caminho individual fosse *útil e eficaz* para realização de certos direitos, não se pode perder de vista que a mesma Medida Provisória nº 1.984, nas suas sucessivas reedições, andou criando algumas novas regras para *minimizar* estes *mesmos* casos embora sob o manto da tutela individual. Mesmo aqueles direitos reconhecidos como tais pelo Supremo Tribunal Federal (em definitivo) não são passíveis de cumprimento rápido e *eficaz*. No caso do FGTS isto é expresso.

O grito de dor das ações individuais e seu lamento, sua agonia, também podem ser ouvidos. Basta querer ouvir, sentir e compreender.

Desde sua 18ª reedição trouxe a Medida Provisória à Lei nº 9.028/95 (a Lei da Advocacia-Geral da União) um novo dispositivo segundo o qual *incentiva-se* ou *facilita-se* que os representantes do FGTS recorram *sempre*, recorram até não mais ter para quem recorrer para impedir, de pronto, a impactação do direito *já* reconhecido em prol do indivíduo:

“Art. 24-A. A União, suas autarquias e fundações, são isentas de custas e emolumentos e demais taxas judiciárias, bem como de depósito prévio e multa em ação rescisória, em quaisquer foros e instâncias.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo a todos os processos administrativos e judiciais em que for parte o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, seja no pólo ativo ou passivo, extensiva a isenção à pessoa jurídica que o representar em Juízo ou fora dele.” (NR)

A Exposição de Motivos daquela reedição traz as seguintes informações a respeito do dispositivo então criado:

“Questão de grande importância para o interesse público, cumpre ressaltar que em milhares de ações intentadas contra o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, em que se pleiteia correção monetária dos depósitos a ele vinculados, tem figurado no pólo passivo a Caixa Econômica Federal, por ser a gestora do FGTS. Em tais ações tem ocorrido o desembolso de milhões de reais, em custas judiciais, principalmente para a efetivação de *preparo* nos milhares de recursos interpostos. Apenas no ano de 1999, por exemplo, o FGTS foi onerado em torno de R\$ 15.000.000,00. Considerando que o FGTS tem natureza institucional, que consolida depósitos dos quais são beneficiários milhões de trabalhadores brasileiros, envolvidos nele, portanto, vultosos interesses públicos, impõe-se isentá-los de custas, emolumentos e demais taxas judiciais, para que os depósitos que ele englobe não sofram consideráveis desfalques, em detrimento dos trabalhadores”.

A parte final desta exposição de motivos é interessante e renderia, ela só, uma aula, um escrito, um livro talvez.

É que se o Supremo Tribunal Federal declara inconstitucionais expurgos inflacionários do FGTS é porque são ilegítimos e não podem pretender ter qualquer validade ou efeito na ordem jurídica. Na mesma medida é direito dos trabalhadores — reconhecido pelo mais alto Tribunal do país — ver seus Fundos corrigidos monetariamente desta ou daquela maneira. É este o seu direito que *elimina* o direito de *não remunerar* o FGTS adequada e juridicamente; é direito que declara que *não* existe *outro* direito. Se assim é, não há que se recorrer e se gastar dinheiro com isto. Os R\$ 15 milhões gastos em custas judiciais em 1999 são, em si, desperdício injustificável de dinheiro público porque o direito reconhecido é que o

FGTS tem de ser remunerado monetariamente *sem* todos os expurgos inflacionários dos malfadados planos econômicos já mencionados. O direito reconhecido pelo STF em prol dos trabalhadores *elimina*, em igual medida, qualquer afirmação de direito (pretensão) do Governo Federal. Tudo se resume, destarte, em uma questão de *tempo*. Tempo para que o Governo *cumpra* o que é certo, o que é correto, o que é constitucional. Que cumpra, destarte, o que é o direito. Sem mais questionamentos, pena de subverter as funções institucionais de cada uma das funções estatais.

É certo. Desde a 18ª reedição da Medida, isenta-se representantes do FGTS de quaisquer ônus monetários (custas e multas) para recorrer. Eliminado o custo, entretanto, sobra o recurso. E com o recurso que existe e é incentivado e é querido, o postergamento de execução e de efetivação do direito *já reconhecido* ao fundista: receber o que lhe é devido monetariamente corrigido. O “recorra-se porque não custa nada”, imposto e desejado desde a edição de junho da Medida Provisória nº 1.984, destarte, é um subterfúgio à declaração do direito aplicável à espécie pelo Supremo Tribunal Federal. É desafio à autoridade daquela Corte e à sua função de aplicar a Constituição com ânimo de definitividade. É matar, dificultar ou impedir, *também*, o acesso *individual* à Justiça. É possível ouvir seu pranto, não?

Sabidamente trágicas, a este propósito, as considerações do Ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, em artigo que escreveu para o *Correio Braziliense*, edição de 6 de maio de 1999: a rolagem de dívidas no Poder Judiciário é bom negócio, atrativo mesmo, *inclusive* para o Governo:

“No Brasil, entretanto, ninguém se conforma com a sentença, nem com o acórdão do tribunal estadual ou regional. Todos querem ir ao ‘Supremo’. Um banal acidente de trânsito costuma gerar processo judicial, cujo fim somente vai acontecer após duas decisões do Superior Tribunal de Justiça, e quatro outras do Supremo Tribunal Federal. Normalmente, o perdedor aciona os tribunais superiores sem qualquer esperança de vitória. Move-se pelo interesse de ganhar tempo e adiar o cumprimento de sua obrigação. Faz assim porque a utilização abusiva de recursos que deveriam ser excepcionais não acarreta qualquer ônus para o devedor recalcitrante. A derrota em todos esses recursos em nada altera a condenação imposta em primeira instância. Pelo contrário, enquanto utiliza sem cerimônia o aparelho Judiciário, o recalcitrante paga, apenas, juros de 6% seis por cento!) ao ano — verdadeiro negócio da China.

Nem se pense que semelhante atitude merece repúdio. Pelo contrário, o Estado a encara como procedimento normal — tanto que obriga seus advogados

a recorrerem, de qualquer forma. Por ser vantajosa, a eternização dos processos gerou outra deformação cultural: no Brasil, ninguém cumpre sentença condenatória. Todos aguardam a execução. Para o Estado, o descumprimento da condenação chega a ser compulsório...” (“Reforma cultural ou falência da Justiça” em *Correio Braziliense*, de 6 de maio de 1999, p. 25).

A breve trecho lamenta, ainda, o eminente Ministro:

“... Fiada no Judiciário, a União passou a lançar tributos manifestamente inconstitucionais e — em lugar de devolver as exações indevidas — forçou os incautos por eles atingidos a mover ações de cobrança, cujos processos, após longos passeios pelas cortes de Brasília, terminam encalhados nas filas de precatórios. A maior parte dos empréstimos compulsórios lançados no Governo Sarney (em 1986) ainda não foi devolvida. Se o Poder Judiciário adota providência capaz de abreviar a via dolorosa dos credores, o Executivo reage, lançando medidas provisórias, reconduzindo os processos a via escusas e lentas” (idem).

Para nós, brasileiros, não há mais, em alguns casos — aqueles que envolvem o Governo — possibilidade de tutela jurisdicional coletiva. Mas também não há (se é que um dia houve *de fato* e não apenas no discurso acadêmico e empolgado de mais de um sonhador) tutela jurisdicional individual. Não há, quando o Poder Público é réu, pelo menos tutela jurisdicional individual *efetiva*, voltada a dar a cada um o que é seu. E se a tutela jurisdicional não pode dar o que é devido — aquilo que é declarado como devido pelo Supremo Tribunal Federal — já não é tutela jurisdicional. É ilusão e frustração e desespero. É morte. É o grito de dor, de lamento. É a agonia do indivíduo. E só.

E o uivo do vento da noite fria de morte traz aos ouvidos de quem quer ouvir que é necessário reduzir o prazo prescricional das ações relativas ao FGTS. E afia-se medida provisória para tal fim. Vão sepultá-lo de vez. Sequer dignamente. Sequer de acordo com os ritos e a *forma* como um Estado Democrático poderia querer pretender.

“- *Domine Jesu Christe, Rex gloriae, libera animas omnium fidelium defunctorum de poenis inferni, et de profundo lacu*”.

V) Esperança

Ajuizou-se, em 21 de julho de 2000, ação direta de inconstitucionalidade contra a Medida Provisória nº 1.984, então na sua décima-nona reedição, de 29 de junho. Dentre eles, mirou-se também para o novo parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85. Distribuída a ação ao Ministro Sydney Sanches, ainda se aguarda o pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade daquele dispositivo.

Mas bastará esta ação, para resgatar todos os valores democráticos e constitucionais que estão sendo desgastados, esquecidos e violados a cada dia? Será suficiente esta iniciativa isolada? Será suficiente a concessão de eventual medida liminar ou mesmo a procedência daquela ação, dando pela inconstitucionalidade de um ou de vários dispositivos impugnados, para tanto?

A ação civil pública — e todos os valores e instituições que ela encerra e representa — pode ressuscitar com esta investida jurisdicional? Basta, para tanto, a retroatividade decorrente da declaração de uma medida provisória inconstitucional — uma não-medida provisória, destarte?

Afinal, o que impede ao Governo Federal, mesmo diante de uma derrota perante o Supremo Tribunal Federal quanto ao emprego *desta arma* contra a cidadania, valer-se, amanhã, de outra similar com a mesma finalidade? Não é, de certa forma, o que a Medida Provisória tem feito com relação ao incentivo dos recursos quanto às questões do FGTS? Não é o que está por trás de uma eventual redução do prazo prescricional para as ações relativas a este Fundo que já se enuncia?

Mesmo que positivas as respostas, o que fazer com o rastro e o traço e o cheiro de morte e de destruição que está sendo deixado ao longo deste caminho, tão árduo, no resgate, quando não na edificação, do respeito às instituições brasileiras, a maior delas, a Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988?

Na praça central da pequena cidade do interior do grande país, os sinos da matriz ainda convocavam os fiéis para a missa. Os dois que conversavam, calaram-se. Cabisbaixos e reflexivos, pensavam no ocorrido e buscavam respostas que lhes desse paz e ânimo para o futuro. Tiraram seus chapéus e entraram na igreja.

Lá de dentro ouviu-se a prece do padre e, ainda, os ecos da missa de réquiem:

“- *Libera me, Domine, de morte aeterna, in die illa tremenda...*”.