



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**A LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA QUESTIONAR ACORDOS
TRIBUTÁRIOS EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Priscila Gomes Barcellos Borges

Rio de Janeiro
2009

Priscila Gomes Barcellos Borges

**A LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA QUESTIONAR ACORDOS
TRIBUTÁRIOS EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Rio de Janeiro
2009

A LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA QUESTIONAR ACORDOS TRIBUTÁRIOS EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Priscila Gomes Barcellos Borges

Graduada pela Universidade do Estado do
Rio de Janeiro – UERJ.

Resumo: O presente trabalho visa analisar se o Ministério Público possui legitimidade para ajuizar ação civil pública questionando o TARE (Termo de Acordo de Regime Especial), celebrado entre o Distrito Federal e algumas sociedades empresárias, beneficiando-as com a redução fiscal (ICMS). A controvérsia, que, atualmente, encontra-se em julgamento no Supremo Tribunal Federal, cinge-se a determinar se questão versa sobre interesses individuais disponíveis de determinados contribuintes, ou se abrange interesses metaindividuais, relativos à tutela do patrimônio público e do sistema tributário. A depender da solução, a ação civil pública será ou não o veículo adequado para veicular tal pretensão.

Palavras-chave: Ação Civil Pública. Legitimidade. Ministério Público. Direito Tributário. TARE (Termo de Adesão a Regime Especial).

Sumário: 1. Introdução. 2. A Legitimação do Ministério Público para a Propositura da Ação Civil Pública. 3. Cabimento da Ação Civil Pública em Matéria Tributária. 4. TARE (Termo de Acordo de Regime Especial): Interesse Difuso, Coletivo ou Individual?. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho que ora se propõe visa focar a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública, tendo por objetivo questionar acordos tributários celebrados no âmbito de um ente público, evitando que, com a celebração dos mesmos, acabe-se por incidir em renúncia fiscal lesiva ao patrimônio público.

A controvérsia se instalou nas Cortes Superiores desde o final do ano passado, e reside em saber se a questão ultrapassa o interesse subjetivo de um grupo de contribuintes, a fim de legitimar a atuação do Parquet. Além disso, busca-se comprovar que a demanda não se enquadra na vedação do artigo 1º, parágrafo único da Lei nº 7.347/85.

A questão é relevante na medida em que a realização de acordos para pagamento de tributos é ação corrente em todas as unidades da Federação, sendo certo que, em alguns Estados, a renúncia fiscal já atinge o montante de R\$ 8 bilhões. Ademais, o tema, da maneira como colocado, ainda não passou pelo crivo do Supremo Tribunal Federal, tendo sido, por este, considerado como assunto de repercussão geral, havendo divergência instalada, também, dentro do Superior Tribunal de Justiça.

Verifica-se, portanto, que não há, atualmente, na jurisprudência, e também, na doutrina, orientação firme no sentido de validar, ou não, a atuação do Ministério Público nesse campo, o que vem a ser crucial para o desfecho de inúmeros litígios pendentes, que acabarão por influenciar, diretamente, as finanças do Poder Público.

Neste sentido, objetiva-se demonstrar que há interesse público por trás desta questão tributária, aparentemente privada, posto que ligada a interesses patrimoniais e disponíveis, quando praticada no âmbito da Federação. Com efeito, procura-se comprovar que o Ministério Público é parte legítima para a propositura de referida demanda, tendo em vista que os interesses primordiais em jogo são a defesa do patrimônio público e da ordem tributária, alguns dos interesses maiores da sociedade.

Ao longo do trabalho, serão analisados os aspectos supra referidos e, principalmente, se a questão versa, de fato, sobre interesses metaindividuais, ou se, por via oblíqua, a pretexto de questionar a estratégia fiscal adotada pelo Distrito Federal, estaria o Ministério Público atuando na defesa dos interesses individuais disponíveis de contribuintes, e, portanto, *contra legem* (vedação contida no artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/85), bem como além das atribuições que lhe foram constitucionalmente conferidas. A metodologia será pautada pelo método qualitativo parcialmente exploratório.

Dessa forma, resta saber o que se apresenta como mais vantajoso para a sociedade: se a quitação de uma dívida tributária, a qualquer custo, ou a inscrição do crédito tributário em dívida ativa e sua cobrança por execução fiscal. Afinal, não se trata de qualquer interesse envolvido, mas do principal interesse dos Estados, qual seja, a arrecadação, a qual reflete, diretamente, nos direitos e interesses de seus cidadãos, bem como, na moralidade administrativa.

2. A LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Instituição que remonta à Antiguidade, o Ministério Público nem sempre ostentou a relevância que detém na atualidade. Historicamente, foi caracterizado pelo ajuizamento de ações penais.

Todavia, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, intitulada, por muitos, de “Constituição Cidadã”, houve o alargamento de suas responsabilidades e relevância, passando o Ministério Público a atuar, efetivamente, na defesa da sociedade.

Na verdade, o crescimento do *Parquet* como instituição começou com a edição da Lei Complementar nº 40/81, que asseverou ser o órgão “instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado”, bem como responsável, “perante o Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis”.

Atualmente, é cediço o enquadramento do Ministério Público como uma instituição una e indivisível, permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, vocacionada à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. É a própria Constituição Federal, em seu artigo 127, caput e § 1º, que traz esse conceito.

O crescimento institucional do *Parquet* acarretou, ainda, a ampliação da esfera de atuação do órgão no campo dos direitos civis.

A partir da edição da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública), passou a ser de competência do referido órgão o ajuizamento de ação civil pública visando à reparação de danos causados a direitos coletivos em sentido lato. Ainda que a competência seja concorrente, figura ele como um dos legitimados a tanto.

Assim, mesmo que tenha preservado a relevante atribuição de ajuizar a ação penal pública, ao moderno Ministério Público Brasileiro compete, dentre outras atribuições, a proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, dentre os quais se sobressai a defesa do meio ambiente, do consumidor e do patrimônio público.

Com efeito, com a instauração da nova ordem constitucional, dúvida não resta quanto a essa função institucional, qual seja, a de promover o inquérito civil e a ação civil

pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (artigo 129, III, da Constituição Federal).

Ademais, por força do inciso IX do dispositivo supracitado, incumbe, ainda, ao Parquet o exercício de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. Ou seja, trata-se de clausula aberta, apta a legitimar a atuação do Ministério Público em outras hipóteses que não as taxativamente previstas no artigo 129.

Tal legitimação também está prevista no artigo 25, IV, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), bem como no artigo 5º da Lei nº 7.347/85. Esse último dispositivo, por sua vez, prevê que, se o Ministério Público não intervier como parte, o fará, obrigatoriamente, como fiscal da lei.

Todavia, no presente trabalho, interessa, apenas, analisar a legitimação do Ministério Público enquanto parte da ação civil pública.

Antes de adentrar na questão essencial que pretendemos examinar nesse estudo, que é a de saber se o Ministério Público está ou não legitimado a promover a ação civil pública em matéria tributária e, em especial, para propor tal ação a fim de questionar os chamados “Termos de Acordo de Regime Especial - TAREs”, cumpre tecer algumas breves considerações sobre o próprio instrumento processual objeto de análise, qual seja, a ação civil pública.

Como se sabe, a ação civil pública é um relevante instrumento para a defesa judicial de interesses coletivos em sentido lato, isto é, interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Insera-se no ordenamento jurídico brasileiro, primordialmente, como instrumento idôneo ao exercício de cidadania, no quadro-jurídico de uma democracia participativa, visando, primordialmente, garantir o acesso à justiça.

Em que pese ter sido a Lei Complementar nº 40/81, a primeira a fazer menção a tal instituto, enumerando-a como uma das funções institucionais do Ministério Público, em seu artigo 3º, III, a ação civil pública só veio, de fato, a ser regulamentada com o advento da Lei nº 7.347/85, e, ainda assim, somente em seus aspectos processuais e procedimentais, haja vista que referida lei não impôs qualquer regra de conduta (norma comportamental).

Posteriormente, dada a sua relevância, ganhou sede constitucional, estando, atualmente, prevista no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal.

Insta salientar que, de início, apenas foram tutelados por meio desse instrumento processual os interesses difusos e coletivos, destinando-se o mesmo,

exclusivamente, à proteção do meio-ambiente, do consumidor e dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Somente após cinco anos de vigência da Lei nº 7.347/85, com a entrada em vigor da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), é que passou a se admitir a ação civil pública para a tutela dos interesses individuais homogêneos, e mesmo assim, enfrentando resistência por parte de parcela da doutrina e da jurisprudência.

Hoje, após as inovações trazidas pela Lei nº 8.078/90, pode-se falar que o objeto da ação civil pública é o mais amplo possível. Isso porque o artigo 110 de referido diploma legal tornou a inserir, no artigo 1º da Lei nº 7.347/85, a clausula “qualquer outro direito difuso ou coletivo” (inciso IV).

Sobre o assunto, leciona Mazzilli (2006) com a costumeira precisão, afirmando inexistir taxatividade de objeto para a defesa judicial de interesses transindividuais.

Feitos esses esclarecimentos preliminares, passa-se à análise da legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil pública de um modo geral, com todos os seus consectários.

Para a adequada compreensão da competência do *Parquet* na defesa dos direitos por meio da ação civil pública, e, conseqüentemente, para a solução da principal controvérsia que ora se coloca, mister se faz classificar as diferentes espécies de interesses tutelados por meio desse instrumento processual, segundo à sua titularidade, bem como distingui-las umas das outras.

Nesse ponto, é fundamental diferenciar os direitos ou interesses essencialmente coletivos, dos acidentalmente coletivos, expressões consagradas por Moreira (1984), todos identificados pelo artigo 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

São denominados de direitos ou interesses essencialmente coletivos, os interesses difusos ou coletivos em sentido estrito, previstos no artigo 81, parágrafo único, I e II, da Lei nº 8.078/90, os quais possuem em comum a transindividualidade de seus titulares e a indivisibilidade de seu objeto.

Segundo o Código de Defesa do Consumidor, a distinção entre os interesses difusos e os coletivos se faz em razão da determinabilidade de seus titulares. Enquanto nestes, os respectivos titulares são determináveis (grupo, categoria ou classe de pessoas), naqueles, cuida-se de pessoas indeterminadas.

No entanto, esta não é a única diferença existente entre eles. Distinguem-se, ainda, em decorrência do vínculo que une os sujeitos: no caso dos direitos difusos, os titulares

são ligados por circunstâncias de fato; já na hipótese dos interesses coletivos, é uma relação jurídica base que os une entre si ou com a parte contrária.

Por sua vez, os interesses acidentalmente coletivos são os chamados interesses individuais homogêneos. Na verdade, são interesses individuais, e nesta condição, são divisíveis e possuem titulares perfeitamente identificados ou identificáveis. Todavia, por possuírem uma origem comum, seja esta fática ou jurídica, o sistema autoriza que sejam tutelados coletivamente (artigo 81, § único, III, da Lei nº 8.078/90). Daí, serem denominados de “acidentalmente coletivos”, uma vez que somente são coletivos no plano processual.

Verifica-se que a metaindividualidade, que nos direitos difusos e coletivos em sentido estrito é pura ou essencial, nos direitos individuais homogêneos é artificial, processual ou conferida através de ficção jurídica.

O fato é que um mesmo acontecimento pode dar vida e se encaixar em uma norma abstrata que tutela interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Segundo Almeida (2007, p. 51), “o que determina o enquadramento de um direito como difuso, coletivo, ou como direitos individuais homogêneos, é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende, o que se afere da causa de pedir e do pedido deduzidos”.

Nesse contexto, surge a primeira grande indagação preliminar com vistas à solução da questão fundamental sob exame: quais são os interesses que o órgão ministerial está autorizado a tutelar - os essencialmente coletivos, os acidentalmente coletivos, ou todos eles?

É certo que a legitimação ativa do *Parquet* para a propositura da ação civil pública concernente à tutela de interesses essencialmente coletivos (interesses difusos e coletivos em sentido estrito) não oferece maiores dúvidas.

Isso porque, conforme demonstrado, o artigo 5º da Lei nº 7.347/85, expressamente, o incluiu como um dos legitimados para tanto, tendo tal norma sido recepcionada pela Constituição Federal, como se evidencia pela já mencionada alusão do artigo 129, III, que enumera, como funções institucionais do Ministério Público, a promoção de inquérito civil e da ação civil pública.

Por sua vez, no que tange aos direitos individuais, cumpre, inicialmente, e visando uma melhor compreensão do tema, dividi-los em disponíveis e indisponíveis.

Nesse sentido, são disponíveis aqueles direitos cujos titulares podem a eles renunciar validamente. Quando se fala em renunciar, aqui, significa a renúncia ao próprio direito, e não ao seu exercício, já que este é sempre renunciável. Ao revés, os direitos

indisponíveis seriam aqueles que não admitiriam renúncia. Se, porventura, esta ocorrer quanto a estes últimos, caberá direito de arrependimento.

Com efeito, no que se refere aos direitos individuais indisponíveis, cabe ressaltar que a melhor doutrina, bem como o Superior Tribunal de Justiça, vem admitindo a legitimação ativa do Ministério Público para defendê-los em juízo, ainda que pertencentes a um único titular.

O fundamento para tanto seria o artigo 127, caput, da Constituição Federal, que trata, de forma expressa, da defesa, pelo *Parquet*, de interesse individual indisponível, bem como o artigo 82, III, do Código de Processo Civil, que atribui ao Ministério Público a competência para intervir em todas as causas em que há interesse público (EResp 819.010/SP, rel. originária, Ministra Eliana Calmon, rel. para acórdão, Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 13/02/2008).

Tampouco há dissensão com relação aos direitos meramente individuais, disponíveis e não-homogêneos, assim entendidos aqueles que não ultrapassam a esfera de interesse do próprio titular. Nesse caso, é pacífico que a tutela deverá ser exercida pelo próprio titular, de forma individualizada, por intermédio de advogado particular. Na hipótese de não possuir condições financeiras, deverá ser feita por intermédio da Defensoria Pública ou de outro órgão assistencial.

Isso decorre da vedação constitucional a que os membros do Ministério Público exerçam a advocacia ou recebam, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais (artigo 128, § 5º, II, “a” e “b”, da Constituição Federal).

Nota-se, portanto, que a controvérsia se instaura quando se trata de ação civil pública para a defesa de interesses individuais homogêneos disponíveis, quando não tenham como origem uma relação de consumo, já que, nesses casos, a legitimidade do *Parquet* foi conferida, de modo expresso, pelos artigos 81, III c/c 82, I do Código de Defesa do Consumidor.

Aqui, faz-se necessário, ainda, excepcionar os interesses individuais homogêneos atinentes a danos causados a investidores no mercado de valores mobiliários, ou a prejuízos causados a credores, por ex-administradores de instituições financeiras em liquidação ou falência, uma vez que, em tais hipóteses, mais uma vez, são as próprias normas que legitimam a atuação do Ministério Público (Lei nº 7.913/89 e Lei nº 6.024/74, respectivamente).

A grande questão que se coloca diz respeito aos limites da legitimação do *Parquet* para a promoção de outras demandas coletivas, envolvendo interesses individuais homogêneos, que não os acima referidos (ou, porventura, interesses individuais homogêneos mencionados em outras leis, que não as supracitadas). Estaria essa atribuição incluída dentre as finalidades afetas à instituição?

Com efeito, a solução para tal indagação perpassa pela análise do tema à luz das normas constitucionais relativas à legitimação desse órgão, em especial, os artigos 127 e 129, III, da Constituição Federal.

A doutrina e a jurisprudência, atualmente, encontram-se divididas em torno de três orientações.

Em primeiro lugar, há quem entenda que, como a Constituição Federal apenas aludiu à defesa, pelo Ministério Público, dos interesses difusos e coletivos (artigo 129, III), ou ainda, à tutela dos interesses individuais indisponíveis (artigo 127, caput), teriam ficado excluídos os interesses individuais homogêneos disponíveis. Para essa corrente, esses somente poderiam ser tutelados por meio de ações individuais, a serem propostas por seus respectivos titulares (Teoria Restritiva).

São inúmeras as críticas que se faz, hoje em dia, a esse posicionamento. Em resumo, entende-se que, à época da edição da Lei nº 7.347/85, bem como da promulgação da Constituição Federal, não havia como o legislador ou o constituinte prever a defesa de “interesses individuais homogêneos”, até porque essa expressão só veio a ser incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro a partir da edição do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, em 1990.

Então, quando o constituinte de 1988 mencionou a tutela de “interesses difusos e coletivos”, certamente, quis incluir, aí, a defesa de todos os direitos e interesses supraindividuais, dentre os quais, encontram-se os interesses individuais homogêneos, conforme demonstrado anteriormente.

Tanto é verdade que, atualmente, isto é, após a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, diversas leis acataram a previsão da possibilidade de ajuizamento da ação civil pública pelo Ministério Público para a proteção dos direitos e interesses individuais homogêneos, sem contar com a tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis. Nesse sentido, por exemplo, vale a pena conferir o disposto no artigo 74, I, da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso).

Ademais, em nenhum momento, a Constituição Federal estabeleceu a taxatividade de objeto para a defesa judicial de interesses transindividuais. Com isso, qualquer

lei infraconstitucional que venha a limitar essa tutela, será inconstitucional, posto que não estará em consonância com o seu fundamento de validade, que é a própria norma constitucional.

Outrossim, como já tivemos a oportunidade de registrar, a tutela jurisdicional coletiva dos interesses individuais homogêneos, assim como a tutela coletiva como um todo, é de interesse social, uma vez que, por meio dela, evitam-se decisões contraditórias, que poderiam surgir com o ajuizamento de múltiplas ações individuais, a dispersão das vítimas, a sobrecarga do Poder Judiciário, dentre outros problemas. Ou seja, atua-se de acordo com os princípios processuais e constitucionais que estabelecem a economia e a celeridade processuais, bem como a razoável duração do processo.

A segunda corrente sustenta que, simplesmente pelo fato de os direitos individuais homogêneos pertencerem a um grupo de pessoas (interesse supra-individual), há, naturalmente, um interesse público subjacente, fazendo com que possam ser tutelados pelo Ministério Público de forma ampla, como subespécie de direitos coletivos (Teoria Ampliativa). Essa posição, por exemplo, foi adotada pelo Ministro Luiz Fux, integrante da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial nº 637.332/PR (julgado em 24/11/2004, DJ 13/12/2004, p. 242).

Para os defensores dessa linha de raciocínio, a presença do interesse social que legitima a intervenção do *Parquet* já teria sido presumida pelo próprio legislador, não cabendo ao intérprete questioná-la. Como reforço a essa argumentação, costuma-se citar os artigos 6º, VII, “d”, e XII, da Lei Complementar nº 75/93, bem como o artigo 25, IV, “a”, da Lei nº 8.625/93, que permitem, de modo expresse, que o Ministério Público defenda interesses individuais homogêneos.

A crítica que se faz a essa posição é no sentido de que ampliaria, irrestritamente, a legitimidade do Ministério Público, autorizando-o a defender quaisquer direitos homogêneos, independentemente de sua essencialidade material, o que contrariaria os princípios e valores estabelecidos pela Constituição Federal para pautar a atuação do órgão ministerial. Compartilham dessa censura, dentre outros, Watanabe (2001) e Zavascki (2008).

Com efeito, o entendimento que prevalece é no sentido de reconhecer a legitimidade ativa para a tutela, em juízo, de interesses individuais homogêneos disponíveis, independentemente de previsão normativa ordinária, desde que a lesão a tais direitos assumam um determinado grau de profundidade ou de extensão, que acabe por comprometer, também, interesses sociais, assim entendidos aqueles cuja tutela é relevante para a sociedade como um todo, para o seu progresso institucional, material ou moral (Teoria Eclética ou Mista).

É evidente que, apesar de a expressão “interesses individuais homogêneos” não ter sido utilizada pela Lei nº 7.347/85, ou mesmo pela Constituição Federal, em seu artigo 129, III, nada impede que essa espécie de direitos coletivos seja objeto de ação civil pública e, conseqüente, que o Ministério Público seja legitimado a defendê-los.

Respalhando esse posicionamento, poder-se-ia citar, ainda, o artigo 117, da Lei nº 8.078/90 que determinou a aplicação da disciplina processual instituída pelo Código de Defesa do Consumidor para a defesa do consumidor em juízo, à defesa de qualquer dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível.

Didier Jr. (2009, p. 334), aderindo a essa última posição, sintetiza os dois requisitos necessários para o ajuizamento de tais ações pelo Ministério Público, quais sejam, “relevância social (presença forte do interesse público primário) e amplitude significativa (grande número de direitos individuais lesados)”, de forma a garantir não só a reparação do dano como a eficácia da ordem jurídica.

Também anuem com esse posicionamento, na doutrina, Mancuso (2007) e Zavascki (2008), dentre outros renomados juristas.

Nas precisas palavras de Zavascki (2008), direito coletivo seria um direito transindividual, isto é, sem titular determinado e indivisível, que pode ser difuso ou coletivo, ao passo que os direitos individuais homogêneos seriam, na verdade, apenas direitos subjetivos individuais.

Ainda segundo o eminente jurista, “coletivo”, quando inserido na expressão direito coletivo, qualifica “direito”, não possuindo qualquer relação com os meios de tutela. Por sua vez, quando se fala em defesa “coletiva”, o que se está qualificando é a forma de tutelar o direito, isto é, o instrumento de sua defesa.

Com isso, verifica-se que a tutela do interesse individual se transforma em pressuposto para a defesa do interesse social subjacente, cuja defesa incumbe, notoriamente, ao *Parquet*, na forma do disposto no artigo 127 da Constituição Federal.

Sobre a finalidade do Ministério Público, Mazzilli (2003, p. 160) dispõe que “segundo a própria Constituição, é a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais (sempre) e dos interesses individuais (apenas se indisponíveis)”.

E, especificamente quanto à defesa dos interesses de grupos determinados ou determináveis de pessoas, assevera o citado doutrinador (2003, p. 93) no sentido de que “só se pode fazer pelo Ministério Público quando isso convenha à coletividade como um todo, respeitada a destinação institucional do Ministério Público”.

É importante ressaltar que, muitas vezes, a relevância social advém da possibilidade de sobrecarga do Poder Judiciário, por meio do ajuizamento de múltiplas demandas individuais idênticas, com o risco de prolação de decisões conflitantes, bem como de desrespeito ao princípio da razoável duração do processo.

Por certo, com o ajuizamento de uma única ação coletiva pelo *Parquet*, tendo por objeto interesses individuais homogêneos, obter-se-á uma sentença única, homogênea, com eficácia *erga omnes* da coisa julgada (art. 103, III, da Lei nº 8.078/90), evitando-se, assim, eventuais decisões conflitantes e prejudiciais ao interesse público. É nessa linha que se colocam Nery e Nery (2004).

De todo modo, cumpre esclarecer que, independentemente da controvérsia instalada, a palavra final sobre a legitimação em comento, caberá ao Poder Judiciário, que avaliará, no caso concreto, se está presente, de fato, o interesse social a autorizar a propositura da ação pelo *Parquet*.

3. CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Diante da concepção tripartite dos direitos passíveis de serem tutelados por meio de ação civil pública e, conseqüentemente, da divergência instaurada acerca da legitimação do Ministério Público, a depender do interesse tutelado em juízo, cumpre tecer alguns esclarecimentos quanto ao cabimento da ação civil pública para tratar de matéria tributária.

Na doutrina, há forte dissenso no que diz respeito ao tema. Dentre os autores que admitem o uso da ação civil pública em matéria tributária estão Torres (2009), Marins (1994), Lenza (2009), Mazzilli (2006), Barral (1995), dentre outros. Por outro lado, defendem o seu não cabimento, por exemplo, Machado (2000), Conte (1998) e Martins (1998).

Todavia, a matéria encontra-se praticamente pacificada na jurisprudência, seja do Superior Tribunal de Justiça, seja do Supremo Tribunal Federal, que não vêm admitindo que a ação civil pública seja utilizada para veicular qualquer pretensão em matéria tributária.

Essa orientação jurisprudencial encontra fundamento legal no parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 7.347/85, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35, de

24 de agosto de 2001, que proibiu o uso de 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.

Ressalte-se, aqui, antes de adentrar na análise dos demais argumentos utilizados pelos nossos Tribunais Superiores para afastar o uso da ação civil pública em matéria tributária e, conseqüentemente, para vedar a legitimidade do Ministério Público nesse campo, que a constitucionalidade do dispositivo em comento não é pacífica na doutrina.

Afirmam alguns doutrinadores de renome, como, por exemplo, Mancuso (2007), Lenza (2009) e Almeida (2007), ser tal norma flagrantemente inconstitucional, por impedir o acesso coletivo à jurisdição, garantido pela Constituição Federal, não só em seu aspecto individual, como também coletivo (artigo 5º, XXI, XXXV e LXX).

Ademais, não poderia o legislador infraconstitucional restringir o objeto material da ação civil pública, o qual, em virtude de preceito constitucional, é não-taxativo (artigo 129, III, Constituição Federal).

Verifica-se, portanto, que, de acordo com esses autores, referida regra, introduzida por meio de medida provisória, desnatura a essência da tutela coletiva, fazendo surgir inaceitável insegurança jurídica, bem como relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas, o que só vem a aumentar o desprestígio do Poder Judiciário, que terá de conviver com eventuais decisões contraditórias.

Não obstante, o fato é que referida discussão se torna irrelevante na prática, haja vista a reiterada aplicação do dispositivo em comento (com a conseqüente chancela de constitucionalidade) para embasar decisões envolvendo a legitimidade e o próprio cabimento das ações civis públicas que, de qualquer forma, discutam relação tributária.

Posto isto, impõe-se a apreciação dos demais fundamentos que têm sido utilizados pelos nossos Tribunais para embasar o não-cabimento da ação civil pública envolvendo matéria tributária e, por conseguinte, para afastar a legitimidade do Ministério Público no seu ajuizamento.

Assim, tem-se alegado a impossibilidade de se utilizar a ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, a fim de questionar a constitucionalidade de determinados tributos, uma vez que isso representaria usurpação da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, prevista no artigo 102, I, "a", da Constituição Federal.

No que tange a esse argumento, primeiramente, cabe salientar que o mesmo só seria adequado para as ações civis públicas que contestem a constitucionalidade de determinado tributo, o que, por si só, já restringe bastante a sua utilização.

Ademais, mesmo quando é arguida a inconstitucionalidade de um tributo por meio de ação civil pública, não se objetiva a declaração da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do Poder Público que o instituiu, mas a própria tutela do direito coletivo *lato sensu* que esteja lesionado ou ameaçado de lesão. Ou seja, a inconstitucionalidade da norma, se suscitada, o seria na causa de pedir (*incidenter tantum*), sendo decidida pelo juiz na fundamentação da sentença, e não como pedido, como ocorre no controle concentrado de constitucionalidade, de competência originária e privativa do Supremo Tribunal Federal.

Outro fundamento utilizado, frequentemente, para afastar o cabimento da ação civil pública no âmbito tributário, seria a impossibilidade de se equiparar a figura do contribuinte com a de consumidor, esta regulada por legislação específica.

Com efeito, nos termos do que dispõe o artigo 2º da Lei nº 8.078/90, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Por sua vez, contribuinte é aquele que suporta o ônus do pagamento do tributo (sujeito passivo da relação tributária). Assim, como não adquire, nem utiliza produto ou serviço como destinatário final, não intervém, por isso mesmo, em qualquer relação de consumo.

Ademais, ao exigir tributos da sociedade para a consecução de seus fins, o Estado não atua como fornecedor de qualquer bem, ou mesmo de serviço prestado (artigo 3º da Lei 8.078/90). O que há é o exercício do poder de império que lhe é inerente, tal como assegurado pela Constituição, qual seja, o de instituir fontes compulsórias de abastecimento dos cofres públicos.

Outro traço distintivo entre ambas as categorias é que, enquanto as relações de consumo se irradiam do contrato, em que prevalecem o elemento volitivo e o lucro, as relações tributárias são caracterizadas pela compulsoriedade do tributo, cuja imposição decorre de lei (artigo 3º, do Código Tributário Nacional).

Por fim, os nossos Tribunais suscitam a impropriedade da via eleita, por se tratar de direito individual e disponível do contribuinte, cabendo, ao mesmo, a propositura de ação de repetição de indébito para reaver eventual tributo pago indevidamente, ou então, de qualquer outra ação tributária prevista em lei.

É certo que, em regra, os interesses dos contribuintes são disponíveis, posto que eminentemente patrimoniais, não se vislumbrando a indivisibilidade do objeto e a indeterminação dos sujeitos.

Não obstante, como toda regra, há exceções. Ou seja, há hipóteses em que o interesse em jogo, mesmo que tributário, não será disponível. E isso ocorre porque a natureza da obrigação tributária varia, conforme seja analisada do ponto de vista do contribuinte, ou da Fazenda Pública.

Assim, na medida em que, com relação ao contribuinte, se caracteriza pela disponibilidade, em razão de ter como conteúdo uma prestação pecuniária, eminentemente de caráter patrimonial, com relação à Fazenda Pública, vigora o princípio da indisponibilidade do crédito tributário, decorrente, em última análise, da própria indisponibilidade do interesse público.

Essa distinção acarreta inúmeras implicações, as quais serão relevantes para o presente estudo, tornando inviável a generalização que vem sendo feita pela jurisprudência pátria.

Isso porque, conforme se entenda o crédito tributário como indisponível, à Fazenda fica vedado efetuar transações com o mesmo, a não ser que a lei, expressamente, preveja tal possibilidade. Ou seja, ficaria terminantemente proibido a esta, a celebração dos chamados TARES (Termos de Adesão a Regime Especial), ou, ao menos, mereceria uma análise mais acurada a constitucionalidade da lei que previu a sua edição, como será demonstrado mais adiante.

Mais ainda, revelar-se-ia patente a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública para contestar as conseqüências oriundas desses acordos tributários, visto que potencialmente danosas à sociedade.

Por outro lado, em sendo disponível a obrigação tributária, afastar-se-ia a atuação do Ministério Público em prol de sua defesa, pelo menos, com base no artigo 127 da Constituição Federal, que trata de direitos indisponíveis. Com isso, restaria o exame da possibilidade de legitimação do Parquet com base em suas funções institucionais, previstas no artigo 129 da Carta Magna.

Aliás, é nessa universalização em que reside a falha desse argumento, bem como dos anteriores, já analisados. Ao partir da interpretação literal do parágrafo único do artigo 1º, da Lei nº 7.347/85, os nossos Tribunais têm adotado uma posição restritiva em suas decisões, deixando de atentar para as peculiaridades do caso concreto e, conseqüentemente,

impedindo a utilização de tal veículo processual para toda e qualquer ação civil pública em matéria tributária.

De fato, não tem sido levada em consideração a causa de pedir da ação civil pública, mas, apenas, a condição de ser uma ação civil pública envolvendo matéria tributária, o que se afigura um tanto quanto radical, e até mesmo, perigoso para a segurança jurídica.

Nesse diapasão, a mesma solução é dada a uma ação civil pública proposta porque uma determinada comunidade não concorda com o nível de imposição tributária, ou mesmo, porque questiona a constitucionalidade das leis fiscais: o seu não cabimento. E se não cabe a ação civil pública, por conseguinte, fica o Ministério Público afastado de questões cuja tutela, em tese, lhe incumbiria, conforme se verá adiante.

Seguindo tal linha de raciocínio, provavelmente, esta vai ser a solução a ser dada às inúmeras ações civis públicas que discutem a validade do TARE (Termo de Acordo de Regime Especial).

Não se contesta, aqui, a validade de referidos argumentos, mas apenas a impropriedade de sua utilização em toda e qualquer ação civil pública que envolva relações tributárias, como vem ocorrendo. Assim, sem pretender criticar um por um de forma detalhada, até porque fugiria da proposta desse artigo, o que importa é demonstrar o modo simplório e restritivo como o tema vem sendo tratado pela jurisprudência pátria, o que pode dar ensejo a decisões equivocadas.

Embora o tema discutido seja o mesmo – tributário – as ações civis públicas que tratam da matéria o fazem por diferentes motivos (inconstitucionalidade do tributo, excesso de exação, renúncia fiscal indevida, etc.), reclamando, por isso mesmo, soluções distintas.

Nesse contexto é que se coloca, então, especificamente, a questão de saber se o Ministério Público está ou não legitimado a promover a ação civil pública como forma de oposição à celebração de acordos tributários que se mostrem prejudiciais à sociedade. Em especial, iremos abordar acerca do Termo de Acordo de Regime Especial (TARE), que está em voga na jurisprudência.

5. TARE (TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL): interesse difuso, coletivo ou individual?

Como demonstrado acima, nota-se que a controvérsia acerca da legitimação do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em matéria de tributação encontrava-se praticamente pacificada, tanto em sede jurisprudencial, como no âmbito doutrinário. As vozes que remanesciam em defesa da atuação do *Parquet* se tornavam isoladas e sem força para mudar o panorama que vinha se formando.

Ocorre que, em 17 de junho de 1999, com base na permissão consagrada na Lei Distrital nº 2.381/99 (que, por sua vez, alterou o artigo 37 da Lei Distrital nº 1.254/96, que dispõe sobre o ICMS), o Governador do Distrito Federal editou o Decreto nº 20.322/99, dispondo sobre o tratamento tributário para o segmento atacadista/distribuidor, pelo qual, restou substituído o regime normal de apuração do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre a Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS (artigo 1º).

O mencionado Decreto, ao consagrar nova sistemática de apuração do ICMS, autorizou os contribuintes do setor a obter um creditamento de valor fictício do imposto devido, de acordo com os percentuais e alíquotas estabelecidos nos incisos I, II e III do artigo 1º, o que se fará a partir da celebração dos chamados “TARE” (Termo de Acordo de Regime Especial).

Ou seja, se viessem a firmar os citados acordos, ficariam os contribuintes inscritos nas atividades de comércio atacadista ou distribuidor, autorizados a abater, a título de montante do imposto cobrado nas operações anteriores, o equivalente aos percentuais estabelecidos no TARE, observada a soma das operações de saída de mercadorias ou prestação de serviços (circulação apenas escritural das mercadorias).

Nem é preciso dizer que isso gerou um desconto enorme na tributação, fazendo, inclusive, com que sociedades situadas em outras unidades da federação simulassem a instalação das suas atividades no Distrito Federal, legitimando suas operações de acordo com o que prescreve o TARE.

O fato é que, diante do contexto delineado acima, o Ministério Público do Distrito Federal, por meio de sua Promotoria de Defesa da Ordem Tributária, ajuizou inúmeras ações civis públicas em face dessas sociedades atacadistas e distribuidoras do Distrito Federal, que aderiram ao regime especial de apuração de ICMS. Ademais, em cada uma dessas ações, figura, também, como réu, o próprio Distrito Federal.

O pedido ministerial, na maioria das vezes, é a anulação do Termo de Acordo de Regime Especial (TARE) firmado entre os réus e, por conseguinte, a decretação da ineficácia do crédito fiscal, com a condenação da sociedade beneficiária ao pagamento do imposto não recolhido, acrescido de juros e correção monetária.

Em suma, alega o Ministério Público, na ação civil pública em comento, que o acordo celebrado autoriza a apuração do ICMS com alíquotas diferentes das efetivadas em cada operação de circulação de mercadorias, concedendo à sociedade um crédito presumido de ICMS na operação anterior, o que permite o reconhecimento de quantia ficta e menor do que a efetivamente devida ao erário, acarretando prejuízos a este e, conseqüentemente, aos demais contribuintes.

Após decisões divergentes no Tribunal local, com posicionamentos em todos os sentidos (extinção do processo sem resolução do mérito por falta de condição da ação, procedência e improcedência), a questão, finalmente, chegou ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, a principal controvérsia que se coloca diz respeito a uma questão prejudicial que, por conseguinte, impede a análise do mérito pelos julgadores, qual seja, a legitimação do Ministério Público para o ajuizamento das referidas ações civis públicas, uma vez que envolvem matéria tributária (concessão de benefícios fiscais pelo Distrito Federal a determinadas sociedades do comércio atacadista ou distribuidor).

A Egrégia Corte Suprema, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 576.155/DF, realizado em 03 de abril de 2008, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, na forma do artigo 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil c/c artigo 322 do Regimento Interno do STF, vencidos os Ministros Carmen Lúcia, Cezar Peluso e Menezes Direito. Ressalte-se a ausência de manifestação por parte da Ministra Ellen Gracie.

Tal decisão teve como fundamentos, basicamente, (i) que a realização de acordos para pagamento de tributos é ação corrente em todas as unidades da federação, o que tem levado à multiplicação de recursos extraordinários junto ao Supremo, para questionar a legitimidade do Parquet; (ii) não há, ainda, posição do Plenário da Corte acerca da controvérsia; e (iii) o valor da renúncia fiscal decorrente da celebração de tais acordos já atinge o montante de R\$ 8 bilhões.

A partir da constatação da repercussão geral, todas as ações que tratavam do mesmo assunto foram suspensas, aguardando a manifestação do Supremo Tribunal Federal, precípuo guardião de nossa Constituição.

É importante ressaltar que o julgamento do recurso extraordinário em comento foi iniciado em 06 de maio de 2009, estando, atualmente, suspenso em decorrência do pedido de vista feito pelo Ministro Joaquim Barbosa.

De qualquer forma, o objetivo do presente artigo não é esgotar a questão, mas demonstrar os argumentos que estão em jogo, bem como as possíveis soluções para a controvérsia.

Assim, tem-se o renascimento da discussão acerca da legitimidade do Ministério Público para o questionamento de matéria tributária em sede de ação civil pública, a qual, aparentemente, havia sido esgotada.

Mas será que é, de fato, a mesma polêmica que ora se apresenta?

A resposta para tal questão, que é, sem dúvida alguma, o cerne do presente estudo, depende do exame dos interesses que estão sendo tutelados na impugnação do TARE, se essencialmente ou acidentalmente coletivos, na famosa classificação de Barbosa Moreira, já examinada em tópico anterior.

Caso se entenda que se confundem com interesses tributários pura e simplesmente, como visto, se caracterizariam como interesses disponíveis e, portanto, fora do alcance da atuação do Ministério Público.

Nesse sentido, isto é, pela não-legitimidade do *Parquet* para questionar acordos realizados entre o Fisco e os contribuintes, ainda que por maioria apertada de votos (seis a cinco), decidiu a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, quando da análise do recurso especial que deu origem à discussão no Supremo Tribunal Federal (Resp 845.034/DF, julgado em 14/02/2007, DJ 11/06/2007 p. 260).

Na ocasião do julgamento, o Sr. Ministro José Delgado (Relator) entendeu que era hipótese de conflito de natureza essencialmente tributária, o que tornava manifesta a ilegitimidade ativa do Ministério Público, com fulcro no art. 1º, parágrafo único da Lei nº 7.347/85, como reconhecido em diversos precedentes daquela Corte (Resp 691.574/DF, DJ 17/04/2006, Rel. Min. Luiz Fux; Resp 737.232/DF, DJ 15/05/2006, Rel. Min. Teori Albino Zavascki; Resp 785.756/CE; Resp 861.714/DF, Rel. Min. Castro Meira, DJ 19/10/06).

Ora, ocorre que os precedentes citados, ou, pelo menos, o precedente que deu origem à solução que vem sendo preconizada pelo STJ como “pacífica”, não se assemelha em nada com a questão ora tratada. Ou melhor, o único ponto de convergência é o fato de versarem sobre matéria tributária. E só!

Data máxima vênia, a solução para a problemática por trás da celebração de tais acordos tributários, não parece ser tão simplória assim. Nesse particular, vale a mesma

crítica que se fez anteriormente, quando da análise do cabimento da ação civil pública em matéria tributária: não se pode generalizar quando o assunto apresenta particularidades.

Como se poderá concluir adiante, e em que pese opiniões em sentido contrário, as ações civis públicas sob exame, mais do que versarem sobre matéria tributária, e, portanto, interesse patrimonial e disponível, visam coibir a percepção de benefício fiscal por parte de sociedades comerciais (atacadistas e distribuidoras), em detrimento do patrimônio público e da ordem tributária do Distrito Federal.

Ou seja, em última análise, tutelam o patrimônio público e o sistema tributário, objetos que, por certo, se incluem dentre as atribuições constitucionais do Ministério Público.

Não há que se cogitar, aqui, da aplicação do artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/85, o qual veda ao *Parquet* a propositura de ações civis públicas para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional.

Com efeito, o objetivo do legislador, ao editar referida norma, foi o de evitar que o Ministério Público, a pretexto de exercer as suas atribuições, as extrapolasse, invadindo campo de atuação que não lhe pertence e, desconsiderando, de certo modo, e ainda que por via oblíqua, as restrições que lhe impõe a própria Constituição Federal, como, por exemplo, a vedação da advocacia (artigo 128, II, “b”).

Dáí a preocupação com a defesa de direitos individuais disponíveis, que devem ser tutelados pelos seus próprios titulares, se e quando lhes interessar.

E não podia ser de outra forma. Ora, via de regra, as ações civis públicas que eram (e ainda são, apesar do entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça) propostas pelo Ministério Público, como demonstrado, diziam respeito ao afastamento de exigência de tributo indevido ou que se reputava fundado em lei inconstitucional. Ou seja, tratavam da defesa de direitos dos contribuintes e, portanto, individuais, sem qualquer relevo para a sociedade, que é aquela, efetivamente, representada pelo *Parquet*.

Todavia, isso não quer dizer que esteja afastada a legitimação do órgão ministerial para a defesa de toda e qualquer pretensão tributária.

De fato, a parte final de referido dispositivo é clara ao especificar que tal vedação se restringe àquelas pretensões tributárias **cujos beneficiários possam ser individualmente determinados** (grifamos).

Na hipótese sob exame, oportuno observar que essa individualização não ocorre. E não poderia ser de diferente, já que se trata de uma situação evidentemente distinta daquelas analisadas nos inúmeros precedentes jurisprudenciais sobre o tema, seja no âmbito

dos Tribunais de Justiça locais, seja no âmbito dos Tribunais Superiores, em especial, do Superior Tribunal de Justiça.

Isso porque, no presente caso, a ação civil pública não teria sido ajuizada com o escopo de proteger o interesse de determinado contribuinte, questionando a legalidade/constitucionalidade de um tributo, mas sim, para tutelar um interesse mais amplo, que diz respeito a toda coletividade do Distrito Federal, qual seja, o respeito à integridade do erário e à higidez do processo de arrecadação tributária, o qual, certamente, ostenta caráter metaindividual.

Por certo, ao beneficiar uma sociedade privada, garantindo-lhe o regime especial de apuração do ICMS, poder-se-ia, em tese, acarretar lesão ao patrimônio público, fato que, por si só, legitimaria a atuação do Ministério Público, especialmente se consideradas as condições em que foi celebrado ou executado esse acordo.

A potencialidade de lesão a esses bens jurídicos, protegidos em sede constitucional, fica acentuada no caso em tela, em que o benefício fiscal foi concedido sem a observância da principal formalidade prevista na Constituição Federal para tanto (artigo 155, parágrafo 2º, XII, “g”), e, posteriormente, regulamentada pelo artigo 1º da Lei Complementar nº 24/75, qual seja, a celebração de convênio entre o Distrito Federal e os demais Estados-membros.

E mais, sem que o mesmo esteja relacionado com qualquer fato gerador do tributo. Paga-se sobre hipóteses pré-estabelecidas nos “termos de acordo” em comento, permitindo a compensação de valores diversos daqueles constantes em lei. Com isso, procedimento autorizado por meio do Decreto Distrital nº 20.322/99 acaba por permitir a circulação apenas escritural das mercadorias

Ora, a obrigatoriedade de convênio interestadual para regular a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais não é um simples entrave imposto, de forma aleatória, pelo legislador. Decorre, acima de tudo, do princípio da não-cumulatividade do ICMS, bem como dos princípios tributários da uniformidade e isonomia, previstos nos artigos 150, II, 151, I, e 152, da Constituição Federal. Isso tudo sem levar em consideração a necessidade de proteção do pacto federativo, erigido como *clausula pétrea* pelo legislador constitucional (art. 60, parágrafo 4º).

Ou seja, evita-se, com isso, a convivência de regras díspares em um Estado Federal, adotadas unilateralmente, e que acabem por interferir, de forma maléfica, na livre concorrência do mercado.

Os tributos, como poder-dever do Estado, visam, primordialmente, garantir as condições orçamentárias de manutenção da Administração, encontrando-se estruturados de modo repartido e participativo de todos em função da União, o que se demonstra, inclusive, pela política de repartição de receitas tributárias, estabelecida nos artigos 157 a 160, da Constituição Federal.

Por certo, a harmonia que deve presidir as relações institucionais entre os entes federativos legitima as restrições de ordem constitucional que afetam o exercício, pelo Distrito Federal e pelos Estados-membros, de sua competência normativa em matéria de desoneração tributária, especialmente, quando relativas ao ICMS.

Assim, sendo o ICMS um imposto não cumulativo e indireto, apropriado pelos contribuintes do Distrito Federal ou do Estado-membro que sejam destinatários da mercadoria, a concessão desse benefício fiscal sem atender à forma constitucionalmente prevista, a pretexto de obter a quitação de determinadas dívidas tributárias, acaba gerando a transferência do encargo que, sem o devido recolhimento, acarreta uma concorrência desleal, seja pela instituição de lucros indevidos, seja pela instituição de lucros artificialmente concedidos.

Com isso, subverte-se a ordem constitucional, atentando, principalmente, contra o pacto federativo e o sistema tributário nacional. Isso, por si só, como reiteradamente enfatizado, confere legitimidade ao Ministério Público para contestar esses acordos tributários por meio de ação civil pública.

Ademais, em última análise, como visto, busca-se proteger o patrimônio público, evitando-se que essas medidas isoladas de favorecimento fiscal, que não contam com o beneplácito dos demais entes federativos, acarretem extraordinária perda de receita, como já vem ocorrendo. Estima-se que, desde 1999, a renúncia fiscal já alcançou o patamar de R\$ 8 (oito) bilhões.

É evidente que o não recolhimento adequado do imposto prejudica toda a coletividade, principalmente, por se tratar de tributo da espécie imposto, no qual o destino da arrecadação não é específico, podendo o dinheiro ser utilizado em prol de interesses sociais (saúde, educação, dentre outros). Assim, além de provocar o desequilíbrio financeiro do ente federado, acaba por comprometer as suas políticas públicas, dentre as quais se inclui o atendimento social.

A defesa, aqui, é de interesses difusos e coletivos, uma vez que os beneficiários não podem ser identificados de forma individual. O Ministério Público age na tutela do patrimônio público, do pacto federativo, da ordem econômica e tributária, atacadas,

principalmente, em seus aspectos da legalidade e da moralidade, prevenindo danos ao erário e, conseqüentemente, prejuízos a toda coletividade.

Não se vislumbra, de maneira alguma, a defesa dos beneficiários do TARE, contribuintes, o que, de fato, seria vedado pelo dispositivo em comento, ou mesmo do Distrito Federal ou de qualquer outro ente federativo, com base em mero interesse de arrecadação, mas exatamente o contrário, ou seja, uma atuação em face dos mesmos, com vistas a salvaguardar os interesses de toda a sociedade!

Com relação à proteção do pacto federativo, esta dispensa maiores delongas. A tutela daquilo que foi colocado pelo constituinte originário como clausula pétreia se afigura como interesse de toda a coletividade, sem dúvida.

Ora, se não fosse por meio de uma ação civil pública, visando à defesa dos interesses da própria coletividade, a questão nunca seria levada ao Poder Judiciário, por completa falta de interesse daqueles que celebraram o acordo e que ora figuram como réus das ações. Isso, sem dúvida, configuraria violação ao princípio constitucional que garante a inafastabilidade do controle jurisdicional diante de uma lesão, ou mesmo de uma ameaça de lesão a direito (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Age o Parquet, portanto, amparado por expressa determinação constitucional. Como exhaustivamente demonstrado, é notória a legitimação do Ministério Público para a propositura de ações civis públicas visando à tutela de interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da Constituição Federal).

Especificamente, no que se refere à proteção do patrimônio público e social, e, por conseguinte, do erário, justamente por ser este o aspecto pecuniário do patrimônio público, bem como da moralidade administrativa (dimensão imaterial deste), verifica-se que essa legitimidade decorre, diretamente, dos artigos 127, caput e 129, III, da Constituição Federal.

Ademais, a mesma sobressai, claramente, da leitura do artigo 25, IV, “b”, da Lei 8.625/93, que dispõe incumbir a tal órgão a promoção de ação civil pública para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município.

Ou seja, é a própria Carta Magna que estabelece a possibilidade de tutela do patrimônio público judicialmente, por meio de ação civil pública, na hipótese de um ato administrativo acarretar lesão ao patrimônio público, quando este se confunde com direito difuso ou coletivo. E este nem precisa estar qualificado pela imoralidade administrativa, desde

que ausente o caráter de improbidade, uma vez que, para os atos de improbidade, as sanções cabíveis são aquelas previstas na Lei nº 8.429/92.

É certo que doutrinadores de renome, como Cândido Rangel Dinamarco, refutam essa possibilidade, argumentando que, além de o patrimônio público não ser direito difuso ou coletivo, essa defesa teria que ser feita por meio de ação popular, sob pena de se caracterizar a representação judicial de entidades públicas.

Verifica-se, todavia, que esse não é o melhor entendimento. Inclusive, a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça já sumulou posicionamento no sentido de ser cabível ação civil pública para a tutela do patrimônio público, sendo o *Parquet* parte legítima para promovê-la (Enunciado nº 329 da Súmula do STJ).

Didier Jr. (2009), no que tange ao veículo processual adequado para a proteção dos referidos direitos, assevera que “existe uma contradição entre a afirmação de que é caso de ação popular, não de ACP, e ao mesmo tempo de que não se trata de direitos difusos. Ora, sabidamente, a ação popular tutela direitos difusos, é a nossa seminal ação coletiva”. (2009, p. 343).

Portanto, é forçoso concluir que, não se admitir a ação em comento sob o fundamento genérico da proibição prevista no artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/85, equivale a retirar do Ministério Público uma das atribuições que lhe foi conferida constitucionalmente, o que somente poderia ser feito por emenda constitucional, e desde que não atentasse contra qualquer das cláusulas pétreas previstas no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal.

Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal, em inúmeras ocasiões, já entendeu pela legitimidade do Ministério Público para ajuizar ações civis públicas em defesa de interesses transindividuais, como, por exemplo, do patrimônio público, em ambas as vertentes, material (erário) e imaterial (moralidade administrativa).

No que se refere, especificamente, ao ICMS, o Supremo ostenta uma preocupação permanente em preservar o equilíbrio federativo e coibir a guerra fiscal entre os Estados, o que estaria sendo fomentado, de certa maneira, pela admissão do TARE, nos seus moldes atuais.

Nesse sentido, insta mencionar a decisão do Pleno de referida Corte, no julgamento da ADI 1.247, em 17/08/1995, no sentido de que deve haver a celebração de convênios interestaduais para a válida concessão, pelos Estados-membros ou Distrito Federal, de isenções, incentivos ou benefícios fiscais em tema de ICMS, já que os mesmos demonstram ter havido prévio consenso entre os entes federativos investidos de competência

tributária em matéria de ICMS. Com isso, entendeu a Excelsa Corte, compõem-se os conflitos de interesses que resultariam se ausente tal deliberação.

Cite-se, ainda, precedentes específicos do Superior Tribunal de Justiça, em que se compreendeu as peculiares da controvérsia, admitindo a legitimação do Ministério Público para contestar o TARE por intermédio de ação civil pública (Resp 777.405/DF, Relator Ministro Castro Meira, 2ª Turma, DJ 19/05/2006 e Resp 665.773/DF, Relator Ministro Castro Meira, 2ª Turma, DJ 19/06/2006).

Nota-se, pois, que a matéria é complexa e relevante, restando, apenas, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, a fim de colocar um ponto final na discussão, eis que se afigura, no ordenamento jurídico brasileiro, como a Corte com atribuição para a última palavra em matéria constitucional.

Por enquanto, no julgamento da questão que ora se estuda, somente o Ministro Ricardo Lewandowski, relator, votou pela legitimidade do *Parquet*, considerando, em suma, que o órgão ministerial está combatendo um prejuízo ao erário e à higidez do processo de arrecadação tributária, os quais apresentam natureza manifestamente metaindividual.

Não obstante, os Ministros Eros Grau, Menezes Direito e Carmem Lúcia votaram em sentido oposto, considerando que a ação trata, exclusivamente, de matéria tributária, não podendo ser proposta pelo *Parquet*. Como dito anteriormente, o julgamento está suspenso, aguardando manifestação do Ministro Joaquim Barbosa.

Como se pode perceber, a jurisprudência está tendendo a ignorar as peculiaridades do caso concreto, afastando o Ministério Público de sua primordial atribuição constitucional, qual seja, a tutela dos interesses sociais e metaindividuais.

A nós, resta aguardar.

6. Conclusão

Diante do exposto, verifica-se a relevância da discussão da questão que ora se coloca para julgamento do Supremo Tribunal Federal.

Apesar de o entendimento do Supremo estar pacificado no sentido de que o Ministério Público não pode ajuizar ações civis públicas na defesa de contribuintes, ou

melhor, que versem sobre matéria tributária, no caso *sub judice*, o que está em discussão é saber se, diante da alegação de que o regime especial (TARE) causou prejuízos ao patrimônio público do Distrito Federal, a matéria passaria a ser de interesse da sociedade, e não mais meramente tributária (ou seja, eminentemente patrimonial).

A decisão sobre a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ações civil públicas em matéria tributária, especificamente, para questionar acordos tributários celebrados no âmbito de um Estado-membro ou do Distrito Federal, portanto, além de reabrir uma discussão que há muito estava pacificada, acabará por influenciar, diretamente, no mérito da questão, pendendo para um lado ou para outro.

A depender da ótica sob a qual se decidirá a questão, as conseqüências serão paradoxalmente opostas.

Assim, se o Supremo vier a entender que o Parquet é parte legítima para o ajuizamento da presente ação civil pública (e de diversas outras que se encontram suspensas, esperando o julgamento da questão prejudicial que ora se expõe), uma vez que esta versa sobre os interesses metaindividuais, como, por exemplo, a tutela do patrimônio público e da higidez do sistema tributário, no mérito, provavelmente (e, aqui, segue-se a lógica do raciocínio efetuado para a decisão da preliminar), declarar-se-á a nulidade dos Termos de Acordo de Regime Especial (TAREs).

Com isso, as sociedades beneficiárias terão que passar a apurar e recolher o seu ICMS mensal pelo regime normal da apuração, de acordo com as alíquotas estabelecidas pelo Senado Federal e pela Lei Distrital nº 1.254/96, sem contar com o pagamento do imposto da forma correta desde a data da assinatura dos TAREs junto ao Distrito Federal, acrescido de juros e correção monetária, o que pode levar à quebra de muitas delas.

Não obstante, se entender pela ilegitimidade do órgão ministerial para a propositura de referida ação, por se tratar de direito individual, disponível e patrimonial, e também em decorrência da expressa vedação legal para que matéria estritamente tributária seja veiculada em sede de ação civil pública (artigo 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/85), no mérito, acabará por acatar a celebração de tais transações tributárias, o que pode acirrar a guerra fiscal entre os Estados.

Nesse diapasão, os TAREs celebrados, bem como os que virão a ser celebrados, acabarão por onerar inúmeros contribuintes situados no Distrito Federal, que subsidiarão atividades industriais de empacotamento e geração de renda, as quais, provavelmente, irão permanecer nos seus Estados de origem, gerando emprego e desenvolvimento lá, às custas do Distrito Federal.

Verifica-se, portanto, que a controvérsia que ora se coloca, apesar de revestida como interesse individual e disponível, pode estar escondendo um dos mais relevantes interesses sociais e, portanto, indisponíveis, já vistos.

Daí a relevância da propositura de ação civil pública, haja vista que, se assim não fosse, a questão passaria despercebida, já que as partes interessadas não entrariam no Poder Judiciário para questionar a validade de algo que ambas consideram benéfico, onerando, unicamente, a coletividade, que, sem representante processual (Parquet), não teria legitimidade de agir.

Excluir o cabimento da mesma nesse caso, assim como negar legitimidade ao Ministério Público, é negar à coletividade prejudicada o direito de acesso à jurisdição, garantido constitucionalmente.

O precedente é perigoso e, por isso, espera-se que o Supremo Tribunal Federal tenha a cautela necessária para julgar a hipótese, atentando para todas as particularidades envolvidas, bem como as nefastas conseqüências que podem advir, dependendo da decisão que venha a ser tomada.

Até que ponto é válido buscar a quitação de uma dívida tributária, considerando-se a renúncia fiscal envolvida e os possíveis prejuízos ao Erário e demais interesses dos Estados-membros?

Saliente-se, aqui, sem medo de se tornar repetitivo, que o caso não é semelhante aos precedentes anteriores, exaustivamente analisados pelos Tribunais Superiores. Portanto, não se trata de levar à Corte Suprema uma matéria já pacificada, apenas para abarrotar, ainda mais, o Judiciário.

Por fim, insta ressaltar que, além dos pontos salientados acima, o julgamento se torna, ainda, mais relevante, na medida em que a possibilidade de acordo entre os contribuintes e o Fisco é um dos pilares do(s) projeto(s) de reforma da Lei de Execução Fiscal, que tramita, atualmente, no Congresso Nacional. Com efeito, a proposta prevê o uso da transação, na esfera administrativa, para a solução de litígios tributários.

Ou seja, a questão é atual e iminente e clama por uma solução que atenda aos reclamos sociais e esteja em consonância com a ordem constitucional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 1997.

BARRAL, WELBER. **Notas sobre a Ação Civil Pública em Matéria Tributária**. Revista de Processo, vol. 80, p. 151/154, out./dez. 1995.

CAIS, Cleide Previtalli. **O Processo Tributário**. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 1996.

CONTE, Francisco. Notas sobre o Descabimento da Ação Civil Pública em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, vol. 30, p. 36/45, março/1998.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**. 4ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

FLAKS, Milton. Instrumentos de Defesa Coletiva dos Contribuintes. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 681, p. 41/48, julho 1992.

JANCZESKI, Célio Armando. A Legitimidade Ativa para a Ação Civil Pública em Matéria Tributária. **Juris Síntese**. São Paulo, vol. 34. mar./abr. 2002.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 29ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. Ministério Público e Ação Civil Pública em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, vol. 52, p. 84/90, janeiro/2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo Mancuso. **Ação Civil Pública em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores**. 10ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARINS, James. Ações Coletivas em Matéria Tributária. **Revista de processo**. São Paulo, vol. 76, p. 97/105, out./dez. 1994.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ação Civil Pública é Veículo Imprestável para a Defesa de Direitos Individuais Disponíveis - A Cobrança de Tributos Municipais Não Pode Ser Contestada por Ação Civil Pública. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, vol. 32, p. 97/111, maio/1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 19ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data"**. 17ª edição, atualizada por WALD, Arnaldo, São Paulo: Malheiros, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. **Temas de Direito Processual**. 3ª série. Saraiva, 1984.

NERY JR., Nelson, NERY Rosa. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública, “in” Ações Constitucionais. 3ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

TOGNOLO, Osmar. Ação Civil Pública em Matéria Tributária. **Revista de Estudos Tributários**. São Paulo, vol. 10, p. 155/157, nov./dez 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 16ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, vol. IV.

WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, vol. 43, nº 212, p. 16-32, jun./1995.