
Memorial - Recurso Extraordinário 576.155/DF

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski

Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Recorrido: Distrito Federal e Brink Mobil Equipamentos Educacionais Ltda.

Excelentíssimo Senhor Ministro do Supremo Tribunal Federal:

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, recorrente, tendo em vista o julgamento do RE 576.155/DF, no qual reconhecida a *repercussão geral* de sua legitimidade para impugnar a redução de ICMS pela incidência de Termo de Acordo de Regime Especial - TARE, firmado entre o Distrito Federal e diversas empresas, vem, perante V. Exa., à guisa de *Memorial*, expor o quanto segue.

1 A Causa

A partir da edição da Lei Distrital nº 2.381/99 e do Decreto nº 20.322/99, o Poder Executivo local passou a conceder, unilateralmente, a centenas de empresas, mediante o chamado Termo de Acordo de Regime Especial-TARE, redução de ICMS, em flagrante ofensa ao pacto federativo, ao sistema tributário nacional e ao devido processo constitucional (CF, art. 155, § 2º, incs. I e XII, alínea “g”) — disposições constitucionais que exigem adesão consensual dos Estados para deferimento de benefícios fiscais, conforme especificado em lei complementar —, resultando dos acordos impugnados vultosos danos ao patrimônio público do próprio Distrito Federal.

A Promotoria de Defesa da Ordem Tributária, então, fundada nas atribuições inscritas nos arts. 127 e 129, incs. II e III e IX da Lei

Maior¹ e nos arts. 5º, inc. I, alínea “g”, II, alíneas “a” e “b”, 6º, inc. VII, alínea “b” e, inc. XIV, alínea “b”, da Lei Complementar nº 75/93, ajuizou cerca de 700 (setecentas) ações civis públicas com o objetivo de que fossem declarados nulos — mesmo, que, para tanto, proclamados inconstitucionais os aludidos diplomas legais nos quais buscavam amparo — os TARES firmados ao arripio da Carta da República e da legislação complementar de regência, obrigando as empresas a recolherem o que deixaram de pagar, a título de ICMS, pelo regramento normal, em pleno vigor, do referido tributo.²

Na instância local, em 1º e 2º graus, as posições se extremaram: algumas reconheciam a adequação da ação civil pública e a legitimidade do Ministério Público para vindicar a nulidade do TARE e a recomposição do patrimônio público; muitas, compete reconhecer, negavam legitimidade ao MPDFT para o mister.

A magnitude da *quaestio iuris* e a inflexível imposição da Carta Magna não admitiam recuo: a matéria, prejudicialmente constitucional, reclamava, conforme reclama, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

1 CF: “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis

[...]

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...] IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

2 O sistema TARE instituído pelo Distrito Federal concede incentivos às empresas para “*passarem*” por seu território, sem desembarque das mercadorias destinadas a outros Estados — às vezes, somente as notas fiscais são remetidas virtualmente — recebendo apenas 1% de ICMS ao invés dos 5% que seriam regularmente devidos.

Assim é que, de todas as decisões terminativas, mantidas ou concretizadas pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, o MPDFT interpôs recurso extraordinário e — *ad cautelam*, estando em foco, essencialmente, tema constitucional — recurso especial quanto à legislação ordinária subjacente.

O Superior Tribunal de Justiça, após controvérsias entre suas 1ª e 2ª Turmas — sem prejuízo de reconhecer, mais de uma vez, a magnitude constitucional da questão —, findou por recusar a legitimidade *ad causam* do Ministério Público, invocando a “natureza tributária” da matéria.

A demanda, enfim, chegou ao Supremo Tribunal Federal, que, no RE 576.155/DF, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, reconheceu a repercussão geral nele deduzida, em acórdão cuja ementa registra:

LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NULIDADE DE ACORDO PARA PAGAMENTO DE DÉBITO TRIBUTÁRIO. DETRIMENTO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA ORDEM TRIBUTÁRIA. REPERCUSÃO JURÍDICA.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Cezar Peluso, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Não se manifestou a Ministra Ellen Gracie.

O Supremo Tribunal determinou, ainda, em questão de ordem, no mesmo feito, o sobrestamento de todas as causas, em trâmite no STJ e TJDF, *in verbis*:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. PREJUDICIALIDADE CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL - TARE. LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. AFRONTA AO ART. 129, III, DA CF. REPERCUSÃO GERAL RECONHECIDA. PREJUDICIALIDADE CONSTITUCIONAL VERIFICADA. I - A prejudicial suscitada consubstancia-se em uma prioridade lógica necessária para a solução de casos que versam sobre a

mesma questão. II - Precedente do STF. III - Questão resolvida, com a determinação de sobrestamento das causas relativas ao Termo de Acordo de Regime Especial que estiverem em curso no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios até o deslinde da matéria pelo Plenário da Suprema Corte. IV - O Plenário decidiu também que, a partir desse julgamento, os sobrestamentos poderão ser determinados pelo Relator, monocraticamente, com base no art. 328 do RISTF.

2 A Afronta ao Sistema Tributário Nacional, ao Pacto Federativo e ao Patrimônio Público do Distrito Federal e a Consequente Legitimidade Ativa *Ad Causam* do MPDFT

O Supremo Tribunal Federal jamais compactou com a *guerra fiscal*, que a questionada legislação local e o contestado Termo de Acordo de Regime Especial-TARE levaram a efeito, consoante velha dicção da Corte:

CMS: concessão unilateral de benefícios fiscais (incluída a outorga de crédito presumido) por Estado federado: ‘guerra fiscal’ repelida pelo STF: liminar deferida. 1. A orientação do Tribunal é particularmente severa na repressão à guerra fiscal entre as unidades federadas, mediante a prodigalização de isenções e benefícios fiscais atinentes ao ICMS, com afronta da norma constitucional do art. 155, § 2º, II, g - que submete sua concessão à decisão consensual dos Estados, na forma de lei complementar (ADIn 84-MG, 15.2.96, Galvão, DJ 19.4.96; ADInMC 128-AL, 23.11.89, Pertence, RTJ 145/707; ADInMC 902 3.3.94, Marco Aurélio, RTJ 151/444; ADInMC 1.296-PI, 14.6.95, Celso; ADInMC 1.247- PA, 17.8.95, Celso, RTJ 168/754; ADInMC 1.179-RJ, 29.2.96, Marco Aurélio, RTJ 164/881; ADInMC 2.021-SP, 25.8.99, Corrêa; ADIn 1.587, 19.10.00, Gallotti, Informativo 207, DJ 15.8.97; ADInMC 1.999, 30.6.99, Gallotti, DJ 31.3.00). 2. As normas constitucionais, que impõem disciplina nacional ao ICMS, são preceitos contra os quais não se pode opor a autonomia do Estado, na medida em que são explícitas limitações dela. 3. A invocada exigência constitucional de convênio interestadual (CF, art. 155, 2º, II, g) alcança a concessão por lei estadual de crédito presumido de ICMS, como afirmado pelo Tribunal. 4. Concorrência do periculum in mora para a suspensão do ato normativo estadual que - posto inspirada na razoável preocupação de reagir contra o Convênio ICMS 58/99, que privilegia a importação de equipamentos de pesquisa e lavra de petróleo e gás

natural contra os produtos nacionais similares - acaba por agravar os prejuízos igualmente acarretados à economia e às finanças dos demais Estados-membros que sediam empresas do ramo.³

Nessa linha, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, não faz muito, ao julgar procedente, por unanimidade, a Ação Civil Originária nº 541/DF, ajuizada pelos Estados de São Paulo e da Bahia, especificamente contra o TARE nº 01/98, firmado pelo Distrito Federal e a empresa Martins Comércio e Distribuição S/A, fez constar da respectiva ementa:

EMENTA: Ação Cível Originária.

2. Estados de São Paulo e Bahia. Termo de Acordo de Regime Especial no 01/98, celebrado entre o Distrito Federal e empresa particular.

3. Possibilidade de desconstituição dos efeitos de acordo ou convênio administrativo após o término da vigência. Inocorrência de prejudicialidade.

4. Ação prejudicada, apenas, no período entre 1o.07.99 e 31.07.99, por celebração do TARE no 44/99, dispondo sobre o mesmo objeto.

5. Vício formal. Acordo firmado em desobediência à forma estabelecida na Lei Complementar no 24/75. Fixação de alíquota de ICMS diversa da fixada na Resolução no 22, do Senado Federal.

6. Passagem ficta de mercadorias. Inocorrência de fato gerador. Prejuízo na incidência do ICMS aos Estados requerentes. Violação do pacto federativo e princípios tributários.

7. Ação Cível Originária julgada procedente.

No citado precedente - especificamente, repita-se, relativo à inconstitucionalidade do TARE - afirmou o Min. Gilmar Mendes, Relator:

[...] o caso envolve análise de Termo de Acordo que, inequivocamente, viola o pacto federativo.

3 Cf. ADI nº 2352/ES –MC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 9/3/2001, pág. 102.

No mesmo julgado, o Ministro Cezar Peluso explica, em minúcias, a violação ao texto constitucional decorrente da aplicação do TARE:

[...]

No caso, o Termo de Acordo de Regime Especial nº 1/98-DF é facultativo às operações praticadas em triangulação, ou seja, o estabelecimento do Distrito Federal (1) adquire a mercadoria de outro Estado da Federação (2) pela alíquota de 7% (vendas destinadas ao DF), transfere, na contabilidade, tais mercadorias para a matriz em Uberlândia/MG (3), e pede que o vendedor (2) as entregue diretamente em Uberlândia/MG (3). Em um regime “normal” ou ordinário, o estabelecimento do Distrito Federal (1) deveria recolher a diferença entre seu débito calculado em 12% sobre o valor da operação (por se tratar de transferência) e o crédito de 7% relativo ao ICMS incidente na aquisição.

Supondo-se que o preço fosse o mesmo o Distrito Federal, ficaria com 5% do valor da operação nesse regime.

Pelo Termo de Acordo de Regime Especial nº 1/98-DF, o Distrito Federal fica com 1% porque concedeu crédito presumido de 11% do valor da operação “a título de montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores”. (cláusula primeira - fls. 5), a ser deduzido do débito de 12% da operação realizada pelo estabelecimento no DF.

[...]

A renúncia da arrecadação de ICMS realizada pelo Distrito Federal por intermédio do Termo ora impugnado é flagrante.

E, adiante, conclui o Ministro Peluso:

[...]

Além da inconstitucionalidade do conteúdo e da forma de concessão do benefício (crédito presumido), o Termo de Acordo em discussão transpira indícios de uma simulação tendente reduzir o montante do tributo que seria devido na operação dissimulada.

O Termo de Acordo foi usado com objetivo diverso do a que se propõe (benefício fiscal pessoal e específico em detrimento de regime especial de arrecadação), com a clara finalidade de atrair para o Distrito Federal uma filial da co-ré, apenas para efeitos formais de trânsito de notas, concedendo-lhe um benefício de ordem de 4% do valor da operação em contrapartida.

Além dos dispositivos mencionados, o Termo de Acordo ofende, principalmente, a estrutura federativa, gerando indevido desequilíbrio na relação entre os Estados, razão pela qual a ação deve ser julgada

precedente.

Em igual sentido, reconhecendo a “ofensa ao texto constitucional”, o voto do eminente Eros Grau:

[...] trata-se de regime que dá causa em benefício, mas não resiste à exigência da celebração de convênio.”

Enfatizou, na oportunidade, o Ministro Joaquim Barbosa:

Senhora Presidente, entendo que o regime viola o art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição e os arts. 1º, III e IV, e 8º, I, da Lei Complementar 24/1975, pois os benefícios fiscais previstos não encontram amparo em convênio.”

Por último, confirmou o eminente Ministro Carlos Britto:

Senhora Presidente, o termo de acordo, com este nome eufemístico de “regime simplificado”, caracterizou, em verdade, um crédito presumido à revelia da Constituição que, no particular, exigiria a celebração de um termo de convênio entre os Estados e o Distrito Federal.

Também em 2006, ao julgar a ADI nº 3246-1/PA, Relator o eminente Ministro Carlos Britto, em que se discutia a Lei nº 6.489/02, do Estado do Pará — que, igualmente à agora contestada legislação do Distrito Federal, propiciara a concessão de benefício fiscal unilateralmente, sem observância do texto constitucional — o Supremo Tribunal Federal proclamou, mais uma vez, a inconstitucionalidade da pretensão, fazendo constar da ementa, *verbis*:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO DO INCISO I DO ART. 5º DA LEI Nº 6.489/02, DO ESTADO DO PARÁ. O dispositivo impugnado previu a possibilidade de concessão de incentivos fiscais aos empreendimentos arrolados no art. 3º do diploma legislativo em causa. Ao fazê-lo, contudo, olvidou o disposto na letra “g” do inciso

XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal de 1988, o qual exige a prévia celebração, nos termos da Lei Complementar nº 24/75, de convênio entre os Estados-membros e o Distrito Federal.

Registra, ainda, o voto do Ministro Lewandowski:

Senhora Presidente, penso que o dispositivo constitucional em questão é muito claro: exige um prévio acordo entre os Estados e o Distrito Federal.

[...] trata-se de renúncia de receitas públicas de forma inconstitucional. (g.n.)

Assinala, no invocado paradigma, o Ministro Gilmar Mendes a “*retumbante*” inconstitucionalidade já velha conhecida da Corte e a ofensa ao patrimônio público, decorrente do sistema (TARE) ora impugnado:

[...] Todavia - aqui temos aqueles casos chamados pelo Ministro Sepúlveda Pertence de “chapada a inconstitucionalidade”; nós não lemos mais relatório e voto -, todos os Estados estão absolutamente avisados de se tratar de inconstitucionalidade evidente à luz da jurisprudência tradicional do Supremo Tribunal Federal, desde 1989, conforme explicitado pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence.

Na dicção unânime, recente e específica do Supremo Tribunal Federal, portanto, o Termo de Acordo de Regime Especial-TARE, concebido e concretizado pelo Distrito Federal, fere o pacto federativo — com olímpico desprezo ao disposto no art. 155, § 2º, inc. XII, alínea “g” da Lei Maior — e os princípios tributários, além de implicar expressivo e inegável dano ao patrimônio público, em franca desconsideração dos princípios da impessoalidade e da moralidade, em prejuízo da coletividade.

Daí a incontestável legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público para contestar tal “*acordo*” mediante ação civil pública, consoante igualmente sempre proclamou a E. Suprema Corte, em

reiterados julgados, entre os quais pede vênia o recorrente para destacar, por suas ementas, os seguintes:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) - CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS HOSPITALARES - INOBSERVÂNCIA DA EXIGÊNCIA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O Ministério Público dispõe de legitimidade ativa “ad causam” para ajuizar ação civil pública, quando promovida com o objetivo de impedir que se consuma lesão ao patrimônio público resultante de contratação direta de serviço hospitalar privado, celebrada sem a necessária observância de procedimento licitatório, que traduz exigência de caráter ético-jurídico destinada a conferir efetividade, dentre outros, aos postulados constitucionais da impessoalidade, da publicidade, da moralidade administrativa e da igualdade entre os licitantes, ressalvadas as hipóteses legais de dispensa e/ou de inexigibilidade de licitação. Precedentes.⁴

EMENTA: Ministério Público: legitimação para propor ação civil pública para proteção do patrimônio público (CF, art. 129, III): precedentes (v.g. RREE 267.023 e 234.439, 30.04.2002, 1ª T., Moreira; 227.159, Néri, RTJ 186/690; 208.790, 27.9.2000, Ilmar Galvão, DJ 15.12.2000, RTJ 176/957).⁵

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROCESSO POLÍTICO ADMINISTRATIVO. DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA. O Ministério Público, como substituto processual de toda a coletividade e na defesa de autêntico interesse difuso, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública com o objetivo de evitar lesão ao patrimônio público. Agravo regimental não provido.⁶

4 RE(AgRg) 262134-MA, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ de 02/02/2007, p. 139 - RT.

5 AI(AgRg) 495632-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 16/06/2006, p. 947.

6 RE(AgRg) 368060-SP, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 28/10/2005, p. 48.

Recurso extraordinário. Ministério Público. Ação civil pública para proteção do patrimônio público. - O Plenário desta Corte, no RE 208.790, em hipótese análoga à presente, entendeu que é o Ministério Público legitimado para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público [...]⁷

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. REEXAME DE PROVAS. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA. 1. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmulas ns. 279 e 454 do Supremo Tribunal Federal. 2. O Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos. Agravo regimental a que se nega provimento.⁸

EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Ministério Público Federal. Legitimidade ativa para propor ação civil pública com a finalidade de evitar lesão ao patrimônio público. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.⁹

O Supremo Tribunal Federal assevera, assim, expressa e especificamente, com todas as letras, que o Sistema TARE/DF macula direta e frontalmente, em vários aspectos, o texto constitucional, mas, principalmente, ofende o pacto federativo e provoca lesão ao patrimônio público e a direitos coletivos, concluindo pela adequação da ação civil pública e pela legitimidade do Ministério Público, em concreção ao art. 129, inc. III, da Constituição Federal.

Vedar ao Ministério Público o exercício de seu *munus*, proibir-lhe a contestação da patente inconstitucionalidade — por violação do pacto federativo e do patrimônio público — significa, em realidade, negar a essência da atuação a quem a Lei Fundamental conferiu fiscalizar a concreta efetividade da prestação jurisdicional.

7 RE 234439-MA, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 14/06/2002, p. 148.

8 AI-Agr 718547/SP, Rel. Min. Eros Grau, DJe 06/11/2008.

9 RE-Agr nº 495138/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 25/04/2008.

Comprova-se, nesses termos, a viabilidade do Recurso Extraordinário nº 576.155/DF com o escopo de ver proclamada pela E. Suprema Corte a legitimidade ativa do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios para questionar os TAREs, em sede de ação civil pública, na proteção da ordem jurídica, dos princípios tributários e do pacto federativo, visando ao restabelecimento da moralidade e à recomposição do patrimônio público.

Veja-se que o prejuízo do Distrito Federal, relativo à renúncia fiscal inconstitucional, somente entre 1999 e 2005, atingia quase 2 (dois) bilhões de reais, de acordo com documento oriundo da Secretaria de Fazenda do Distrito Federal.

Os empresários/beneficiários dos acordos inconstitucionais de redução de ICMS, aliás, confessaram que a *revogação* do TARE tivera o único intuito de *prejudicar* a ADI 2440-0/DF — ação que contestara o referido sistema e que se encontrava pronta para julgamento desde 28 de março de 2003, julgada prejudicada pelo estratagema da revogação da inconstitucional legislação de regência — impossibilitando o Supremo Tribunal Federal de discutir a relevantíssima matéria em debate.

O montante da dívida vem proclamada com impressionante sinceridade e atualização dos danos ao patrimônio público (*agora seriam 8 (oito) bilhões de reais!*) pelo Executivo local, consoante matéria publicada no “*Correio Braziliense*”, edição de 11/3/2008, sob o título “*Linha de Crédito substituirá TARE*”, pág. 15, cujo excerto registra:

[...]

O anúncio foi feito ontem pelo vice-governador e secretário de Desenvolvimento Econômico e Turismo, Paulo Octávio. Segundo ele, a mudança (o DF, no intuito de impedir a dicção da Suprema Corte, revogara o sistema TARE) teve como objetivo evitar que as empresas atacadistas tivessem que recolher R\$ 8 bilhões aos cofres do GDF. Esse foi o valor que deixou de ser arrecadado durante a vigência do Tare (de

1999 a 2008). ‘Tivemos que acabar com o Tare para proteger o setor e o governo. O STF (Supremo Tribunal Federal) estava prestes a julgar o Tare ilegal. Com sua extinção, essa dívida de R\$ 8 bilhões acaba.

Se não se autorizar ao Ministério Público a possibilidade de impugnar a transação efetivada e seus desdobramentos até o fim da querela, portanto, a arguida violação à Carta Magna — tipificado o fato gerador, o recolhimento do tributo se impõe — não será submetida ao Poder Judiciário, em verdadeira negação da prestação jurisdicional.

Enfim, a proibição de o Ministério Público atuar na defesa do erário ultrapassa, em muito, os enormes prejuízos decorrentes do TARE e refletirá em variadas hipóteses futuras, ensejando-se a concessão de qualquer vantagem ou benefício tributário ao *nutum* do poder público distrital, sem que o Ministério Público possa questioná-lo. É fazer letra morta dos artigos 127 e 129 da Lei Maior.

3 A Inaplicabilidade, na Espécie, do Óbice do Parágrafo Único, Art. 1º, da Lei nº 7.347/85 (LACP)

A propósito do enquadramento da questão no Superior Tribunal de Justiça, permitam-se ao requerente duas ou três palavras.

Em primeiro e relevantíssimo lugar, no Recurso Especial nº 814.009/DF (AgRg), o Min. José Delgado, Relator, e a E. 1ª Turma — que viriam sustentar a ilegitimidade *ad causam* do MPDFT para a contestação do TARE — reconheceram a natureza essencialmente constitucional da controvérsia.

Veja-se, no quanto interessa, trecho do v. acórdão:

[...] o voto condutor da decisão a quo discutiu, como ponto de apoio à sua convicção, a aplicabilidade dos arts. 127 e 129 da CF/88. Verifica-se, pois, que a matéria cogitada como vilipendiada é de cunho predominante e meramente constitucional, competindo, unicamente, ao augusto STF o seu exame. Apesar de haver fundamento infraconstitucional,

não prevalece este em detrimento da abordagem central de natureza constitucional.¹⁰

É verdade, ainda, que, após o já referido antagonismo entre a 1ª e 2ª Turmas¹¹, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no REsp. 845.034/DF, Rel. Min. José Delgado, resolveu o impasse, com um único voto de diferença (5x4), proclamando a ilegitimidade do MPDFT para a impugnação do TARE, em acórdão que compreendeu estar em jogo “*conflito legal de natureza tributária, situação que, na espécie, torna manifesta a ilegitimidade ativa do Ministério Público para a causa, conforme estabelecido no art. 1º da Lei nº 7.347/85.*”

Entretanto, além de a matéria ter exclusiva estatura constitucional, o art. 1º, parágrafo único, da LACP não tem, com a vênua devida, o alcance que lhe conferiu o Superior Tribunal de Justiça, sob pena de manifesta inconstitucionalidade.

Ora, o mencionado dispositivo apenas excluiu, com a chancela da Suprema Corte, o Ministério Público de atuar na defesa de contribuintes (identificáveis) nas causas tributárias.

A ação civil pública, na hipótese, não persegue a defesa do contribuinte, mas se volta expressamente *contra* o contribuinte, em busca da recuperação do patrimônio público e de benefício fiscal concedido ao revés do que mandam a Constituição Federal e a legislação complementar de regência.

Estando em baila, conforme ocorre no caso, o patrimônio público e o pacto federativo, segundo o STF, não encontra qualquer óbice a ação civil pública agitada pelo Ministério Público para a recomposição

10 REsp. 814.009 (AgRg), 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJU de 08.06.2006.

11 Cf. REsp. 691.574/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 17.4.2006; RE 861.714/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 19.10.2006.

dos danos causados ao erário, em virtude do disposto no multicitado art. 129, inc. III, da Constituição Federal.

Vem a lume, ainda, uma curiosidade: se o Ministério Público não puder impugnar o TARE — evidentemente, repita-se, não iriam fazê-lo o Distrito Federal nem muito menos o beneficiário do indevido e irregular favor fiscal — restaria eventual *ação popular*, como se acenou, aqui e ali, no Superior Tribunal de Justiça.¹²

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, pelo mesmo Ministro que proferiu o voto-desempate no REsp. 845.034/DF, assentou que “a moralidade administrativa e seus desvios, com consequências patrimoniais para o erário público enquadram-se na categoria de interesses difusos”, legitimando o Ministério Público à propositura de ação civil pública, “fazendo as vezes de uma Ação Popular multilegitimária”, consoante o item 12 da ementa no REsp. 401.964/RO.¹³

Se, na espécie, na voz do guardião da Carta Política, a efetivação do TARE configura dano ao patrimônio público e lesão às regras constitucionais e legais tributárias, além de ofensa ao pacto federativo, não haverá empecilho para a ação civil pública ou para a atuação do Ministério Público, nem que, por último, fosse considerada a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público a “*Ação Popular multilegitimária*” sugerida no mencionado REsp. 401.964/RO.

Afinal, como sempre imperou na órbita jurídico-processual, pouco importa o “*nome*” da ação, cabendo ao Ministério Público, em face de afronta ao patrimônio público e à ordem constitucional, a provocação do Poder Judiciário, em homenagem aos ditames do art. 5º, inc. XXXV, e do art. 129, inc. III, da Constituição Federal.

12 Cf. REsp. 691.574/DF, DJU 17.4.2006.

13 2ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 11.11.2002.

A atuação do Ministério Público não significa, por isso mesmo, pretensão de “*ser mais realista que o rei*”, mas o estrito cumprimento de suas atribuições constitucionais, porquanto, na República, não há ato estatal que se possa subtrair do controle judicial.

Considerações Finais

No Supremo Tribunal Federal, como se demonstrou, a jurisprudência veda unicamente a atuação do Ministério Público em matéria tributária quanto à cobrança de tributos, hipótese diversa daquela trazida à baila.

No RE 195.056, com efeito, o Supremo Tribunal Federal somente vedou ao Ministério Público, mediante ação civil pública, atuar em prol e na defesa do contribuinte, que não se confunde com consumidor.

Negou, pois, a Suprema Corte a configuração de relação de consumo e a inadequação da ação civil pública para a defesa de contribuinte, até porque a atuação em favor do contribuinte não tipificaria direitos sociais e individuais indisponíveis.

No sentido da argumentação, expressa a ementa do RE 195.056/PR:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSTOS: IPTU. MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE. Lei 7.374, de 1985, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078, de 1990 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. C.F., artigos 127 e 129, III. I. - A ação civil pública presta-se a defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. Lei 7.374/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. II. - Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se a defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa.

C.F., art. 127, caput, e art. 129, III. III. - O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto - no caso o IPTU - pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo (Lei 7.374/85, art. 1º, II, art. 21, redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625/93, art. 25, IV; C.F., art. 129, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com “interesses sociais e individuais indisponíveis.” (C.F., art. 127, caput). IV. - R.E. não conhecido.”

O STF, deste modo, em tempo algum impediu o Ministério Público de defender o patrimônio público, a ordem jurídico-constitucional e o pacto federativo, apenas não lhe reconheceu a possibilidade de “cobrança” ou de pleitear a “restituição” de tributos (naquele caso, o IPTU) em favor de contribuintes.

E mais: com o afastamento do Ministério Público e da ação civil pública em defesa do contribuinte — na linha do RE 195.056/PR — caberia ao próprio contribuinte questionar eventual inconstitucionalidade/ilegalidade em juízo.

A hipótese aqui é absolutamente diversa: o Ministério Público utilizou a ação civil pública *contra* o contribuinte, em busca da recomposição do patrimônio público.

Todavia, afastado o Ministério Público da defesa do patrimônio público, impedido o *parquet* de atuar contra o contribuinte, beneficiário da inconstitucionalidade fiscal, conforme é o caso do TARE, não restará ninguém para impugnar o acordo ofensivo à Lei Maior, o que implicaria inconcebível negativa de jurisdição e concessão de poderes absolutistas aos dirigentes governamentais (momentâneos, por definição), o que não se concebe no regime constitucional de freios e contrapesos.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em última palavra, não abona a extinção de ações e recursos veiculados pelo Ministério Público — visando assegurar a adequação da ação civil pública e a

sua própria legitimidade para a impugnação do TARE — como espera o recorrente seja mais uma vez reiterado pelo plenário, provendo as centenas de irrisignações extremas relativas à matéria, de grave repercussão geral, em homenagem aos citados ditames constitucionais.

Brasília, 06 de maio de 2009.

Maria Aparecida Donati Barbosa
Procuradora-Geral de Justiça em exercício

Antonio Luiz B. de Alencastro
Promotor de Justiça – Assessor da PGJ