

RECURSO ESPECIAL N. 760.034-DF (2005/0099568-4)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Recorrido: Novadata Sistemas e Computadores S/A e outros

EMENTA

Processual Civil. Ação civil pública visando a anular atos administrativos concessivos de benefício fiscal a determinada empresa. Tutela do patrimônio público. Legitimidade do Ministério Público. Súmula n. 329-STJ. Controle incidental de constitucionalidade. Cabimento.

1. A restrição estabelecida no art. 1º, parágrafo único da Lei n. 7.347/1985 ("Não será cabível ação civil pública para veicular premissões que envolvam tributos (...) cujos beneficiários podem ser individualmente determinados") diz respeito a demandas propostas em favor desses beneficiários. A restrição não alcança ação visando a anulação de atos administrativos concessivos de benefícios fiscais, alegadamente ilegítimos e prejudiciais ao patrimônio público, cujo ajuizamento pelo Ministério Público decorre da sua função institucional estabelecida pelo art. 129, III da Constituição e no art. 5º, III, b da LC n. 75/1993, de que trata a Súmula n. 329-STJ.

2. A ação civil pública não pode ter por objeto a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos. Todavia, se o objeto da demanda é a declaração de nulidade de ato administrativo concreto, nada impede que, como fundamento para a decisão, o juiz exerça o controle incidental de constitucionalidade.

3. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda (Presidenta), Benedito Gonçalves, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de março de 2009 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que, em ação civil pública objetivando a nulidade de acordo que resultou na concessão de incentivos fiscais de 70% do ICMS, firmado entre os recorridos, decidiu, no que importa ao presente apelo, pela extinção do processo sem julgamento do mérito, reconhecendo a ilegitimidade do Ministério Público. O aresto restou assim ementado:

Ação civil pública. Ministério Público do Distrito Federal. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Matéria tributária. Controle de constitucionalidade incidental. Inadequação da via eleita. Sentença. Efeito *erga omnes*. Recurso provido. Unânime.

A Ação Civil Pública não se adequa para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo como fim precípua, vez que os efeitos nela produzidos são *erga omnes*, sendo vedado ao juiz de primeiro grau declará-la. O Ministério Público carece de legitimidade para ajuizar Ação Civil Pública envolvendo matéria tributária, ao argumento de, por via reflexa, estar defendendo consumidores. (fl. 276)

No recurso especial (fls. 307/336), o recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 267, IV e VI, do CPC, 16 da Lei n. 7.347/1985, 5º, III, b e 6º, VII, b, da LC n. 75/1993, ao argumento de que (I) é possível a propositura de “ação pública voltada para defesa dos direitos civis indisponíveis e do patrimônio público e social” (fl. 313), (II) “indiscutível é a necessidade e utilidade do processo para evitar o prejuízo ao patrimônio público do Distrito Federal que concedeu privilégios tributários ilegais à referida empresa” (fl. 318).

Em parecer (fls. 380/385), o Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Para adequada apreciação da controvérsia é indispensável ter presente o real objeto da demanda. Diz a inicial, a propósito “do objeto da ação”:

Por intermédio de ato publicado no DODF de 28.01.2002 (Portaria n. 37, de 24.01.2002), o Secretário de Fazenda e Planejamento do Distrito Federal autorizou o BRB - Banco de Brasília S/A - contratar *financiamento* na forma do § 1º, do art. 2º do Decreto n. 20.957/2000, com a empresa Novadata Sistemas e Computadores S.A., no montante



de R\$ 18.403.768,00 (dezoito milhões, quatrocentos e três mil, setecentos e sessenta e oito reais), iniciando-se em 1º.12.2001 e findando em 30.05.2010, mediante a concessão de incentivos fiscais de 70% (setenta por cento) do imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Municipal e de Comunicação - ICMS, provenientes dos produtos que especifica (fl. 111).

Tais benefícios são o encerramento de uma série deles iniciados em novembro/1990, todos da mesma natureza (financiamento de parte do ICMS devido por prazo certo, com exclusão de juros e correção monetária), através da Resolução n. 108/1990 - CDI, de 23.11.1990 (fl. 24), o que se denominou PRO-IN, migrando para o Prodecon, através da Resolução n. 205/1994 - CDI (fl. 39) e Portaria SEFP n. 803/1995 (fl. 46), com nova migração para o PADES/DF, através da Resolução n. 329/1997 - CDE-DF (fl. 69) e Portaria SEFP n. 262/1998 (fl. 76).

Há, portanto, migração de um programa inconstitucional e ilegal para outro, sem recolhimento do tributo devido (fl. 3/4)

Sustenta-se a demanda na ilegitimidade desses atos, por diversas razões, conforme se colhe dos seguintes excertos da petição inicial:

Os benefícios econômicos concedidos camuflam uma renúncia fiscal por parte do Distrito Federal. É que a s/c Novadata terá realizado o pagamento de apenas 30% (trinta por cento) do valor do ICMS devido, como bem aclarou a Sra. Cordélia Cerqueira, na época, Assessora Jurídica Chefe da Assessoria Jurídica do Gabinete do Secretário de Planejamento do Distrito Federal, responsável pelo acompanhamento dos incentivos fiscais no âmbito do Distrito Federal:

(...) *que* s declarante esclarece que apesar de haver um incentivo creditício de até 70% do ICMS a empresa recolherá no DF, a partir da existência de um fato gerador, 30% do valor do ICMS, sendo certo que após os 15 anos o recolhimento será integral; que a assessoria não intervém no controle de cumprimento das obrigações assumidas pelo beneficiário, por não ser de sua competência (fl. 05).

“Não resta qualquer dúvida que as manobras levadas a efeito pelo Executivo local encobrem renúncia fiscal, declarando guerra à Federação Brasileira” (fl. 06).

O ‘incentivo’ assim concedido pelo Secretário de Fazenda do Distrito Federal feriu vários princípios constitucionais (legalidade, eficiência, supremacia do interesse público, igualdade, economicidade, finalidade, proporcionalidade, razoabilidade e motivação) já que deve existir uma contraprestação por parte dos beneficiários, expressa em lei, com garantia concreta de sua execução.

Inexiste proporção na análise da relação custo/benefício entre os incentivos oferecidos e as contraprestações de interesse público que deve proporcionar (fl. 11).

O benefício foi concedido em prejuízo da Nação já que não considerou a existência de produtos industrializados em outros Estados da Federação, conforme decidiu o Supremo Tribunal federal na já mencionada ADIn n. 2.352-7-ES:

(...) 4. Concorrência do *periculum in mora* para a suspensão do ato normativo estadual que - posto inspirado na razoável preocupação de reagir contra o Convênio ICMS n. 58/1999, 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.

Consideremos, também, a concorrência desleal que o fato ocasiona já que o preço dos serviços prestados pela Novadata, beneficiada pelo "financiamento" de ICMS, será muito menor do que o preço dos produtos daqueles que, no mesmo ramo, pretendam instalar-se no Distrito Federal, conseqüentemente, impedindo futuras instalações de empresas no Distrito Federal e estagnando o desenvolvimento local (fl. 20).

O pedido, por sua vez, é o seguinte:

Seja julgada procedente a ação declarando nulo os atos administrativos praticados (Resolução n. 108/1990 - CDI, de 23.11.1990, o que se denominou PRO-IN, Resolução n. 205/1994 - CDI e Portaria SEFP n. 803/1995, Resolução n. 329/1997 - CDE-DF e Portaria SEFP n. 262/1998, e Portaria SEFP n. 37/2002), condenando a sociedade Novadata Sistemas e Computadores S/A, no pagamento ao Distrito Federal da quantia financiada a título de ICMS, acrescido de juros legais e correção monetária e, solidariamente o BRB, por ser o agente financeiro responsável pelas garantias do cumprimento da avença (fl. 23).

Tem-se claro, pois, que a demanda visa a anular atos administrativos concretos, alegadamente ilegítimos e prejudiciais ao patrimônio público.

2. Assim estabelecidos os limites da demanda, merece reforma o acórdão recorrido. É certo que a jurisprudência estabelece restrições ao ajuizamento de ações civis públicas envolvendo matéria tributária, fundadas, essas restrições, no art. 1º, parágrafo único da Lei n. 7.347/1985, segundo o qual "Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tribu-



tos (...) cujos beneficiários podem ser individualmente determinados". Tal norma, todavia, não pode ter interpretação ampliada, a ponto de inibir o regular exercício de uma das mais significativas funções institucionais do Ministério Público, prevista na própria Constituição Federal, que é a de "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social (...)" (CF, art. 129, III). Idêntica norma está reproduzida no art. 5º, III, b da LC n. 75/1993 e, no que se refere ao Ministério Público da União, no art. 6º, VII, b da mesma Lei. A restrição do citado parágrafo único diz respeito unicamente a demandas envolvendo matéria tributária movidas contra a Fazenda Pública e em prol de beneficiários "que podem ser individualmente determinados". Não é o caso dos autos, conforme se demonstrou. Aqui, o que se têm é típica ação destinada à proteção do patrimônio público, que enseja a aplicação da Súmula n. 329-STJ: "O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público".

3. É inquestionável, por outro lado, que a ação civil pública não pode ter por objeto a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos. Admitir ação com esse objeto seria equipará-la à ação direta de inconstitucionalidade, de especialíssima natureza e restrita legitimação ativa, cuja competência está concentrada no STF e nos Tribunais de Justiça dos Estados. Mas isso não significa que esteja abolido, na ação civil pública, o controle incidental de constitucionalidade. Tal prerrogativa é assegurada a qualquer juiz (daí denominar-se controle difuso) e está fundada no pressuposto elementar de que, considerado o princípio da supremacia da Constituição, cumpre ao juiz, havendo incompatibilidade entre a norma constitucional e a infraconstitucional, dar aplicação àquela e não a essa. Portanto, se o objeto da ação civil pública é, como no caso, a declaração de nulidade de ato administrativo concreto, nada impede que, como fundamento para a decisão, o juiz exerça o controle incidental de constitucionalidade. Em reforço desse posicionamento, pelo licença para reproduzir o que defendi em sede doutrinária:

Tanto nas demandas destinadas à proteção de direitos transindividuais, quanto nas destinadas à tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, a atividade jurisdicional é exercida em face de situações concretas, em que se verifique a existência de ameaça ou de lesão aos direitos tutelados. Embora, em muitos casos, as sentenças proferidas nessas demandas tenham caráter genérico (como ocorre em relação aos direitos individuais homogêneos) e eficácia subjetiva ampliada (= *erga omnes*), isso não autoriza seu ajuizamento contra lei em tese, muito menos para ver declarada a ilegitimidade do preceito normativo. Cumpre ao demandante (substituto processual) indicar na petição inicial os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, situando com precisão o fenômeno de incidência (= norma abstrata + suporte fático + norma jurídica concreta) em relação ao qual está deduzindo a sua pretensão. Não se inibe, todavia, o controle incidental

de constitucionalidade. Como em qualquer outra demanda, nada impede que também no processo coletivo a norma abstrata, na sua condição de premissa maior do silogismo inserido no fenômeno de incidência, tenha sua legitimidade constitucional questionada e decidida. O juízo assim formulado constitui apenas um *fundamento* para a sentença do caso concreto, a exemplo do que ocorre com o juízo a respeito do suporte fático (= premissa menor daquele silogismo). Nenhum dos dois, na sua condição de fundamento - e não de objeto - para o juízo de certeza formulado na sentença, faz coisa julgada.

Nesses limites, o controle incidental de constitucionalidade no processo coletivo tem eficácia material restrita ao fenômeno de incidência objetivamente exposto na demanda, e, como tal, não invade os domínios das ações de controle concentrado de constitucionalidade (Processo Coletivo, 3ª ed., 2008, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 305).

4. Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para determinar o regular processamento da demanda. É o voto.