

RENÚNCIA FISCAL, IMPROBIDADE E AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Tercio Sampaio Ferraz Junior

Professor titular da Faculdade de Direito da USP

RESUMO: renúncia fiscal, ao produzir o efeito de diminuir a arrecadação pública, levanta a hipótese de lesão ao patrimônio público; discute-se, nesse sentido, o cabimento de ação civil pública, em termos da competência do Ministério Público, ou de ação de improbidade administrativa.

Tornou-se um *topos* do senso comum jurídico a afirmação de que a Constituição Federal teria ampliado largamente a competência material do Ministério Público e, em consequência, para a propositura da ação civil pública. Não obstante, essa competência conhece delineamentos funcionalmente necessários.

Tome-se, como objeto de reflexão, o ato administrativo inquinado de ilegalidade por ser uma causa produtora do efeito de diminuir a arrecadação de tributos, donde uma renúncia fiscal e, em contrapartida, um enriquecimento ilícito para os beneficiários, no que se figuraria uma lesão ao patrimônio público. Em seguida, por vislumbrar-se, no mesmo ato administrativo, um ato de improbidade administrativa e na probidade, por conta do princípio da moralidade, um “interesse geral e difuso” e até “um bem mais valioso que o patrimônio público num sentido restrito”.

Circunscrevendo-me a estes dois delineamentos, a análise da questão abre caminho para uma necessária consideração preliminar sobre a mencionada amplitude e alargamento trazidos pela Constituição Federal.

O texto constitucional, art. 129 – III, atribui ao Ministério Público a função institucional de promover a ação civil pública para a proteção “do

patrimônio público”. Insere-se este num conjunto ao qual pertencem ainda o patrimônio social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos.

A questão que aflora imediatamente é saber se o conjunto contém uma série homogênea de elementos. A doutrina não tem vacilado em ver, em parte do conjunto, elementos que guardam uma unidade por conta da expressão final “e de outros interesses difusos e coletivos”.

Difusos são interesses como conceituou o chamado Código de Defesa do Consumidor (art. 81), “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. A *transindividualidade* aponta para a indeterminação individual do interessado. Mas vai além, pois implica o que ultrapassa o interesse individual. Daí a *indivisibilidade*, pois é interesse inapropriável pelo indivíduo, nada lhe cabendo enquanto tal. O que liga os indivíduos entre si, no interesse difuso, não é o interesse, mas circunstâncias de fato, ou seja, a contingência de estarem reunidos por eventos que não lhes confere, individualmente, nenhum interesse, mas que põe a todos, indeterminadamente, numa mesma situação. O meio ambiente é, tipicamente, o exemplo padrão de interesse difuso.

Coletivos são os interesses de grupos de pessoas determinadas, embora, no interior do grupo, indivisíveis. Isto é, são interesses que pressupõem uma titularidade determinada, do conjunto enquanto um sistema que não se reduz à soma de seus componentes. Interesses coletivos não resultam, assim, da somatória de interesses individuais dos membros do grupo, mas correspondem a algo que transcende a mera soma. Pressupõem solidariedade orgânica e não mera justaposição mecânica. O que liga os indivíduos, no interesse coletivo, não são os interesses de cada um dos membros, mas a mesma relação jurídica no interior do todo. Daí a conclusão de que, mesmo se tratando de interesses comuns, mas individualizáveis, não cabe ação civil pública. Consórcios, por exemplo, constituem grupos aos quais cabem interesses coletivos quando ocorra uma imposição ilegal de prestações, capaz de afetar o *sentido solidário* do grupo, ainda que, para alguns, individualmente, as diferenças de valor na prestação ilegal sejam indiferentes ou de nenhum interesse.

Ora, no conjunto a ser protegido pela ação civil pública, o patrimônio público, de que fala a Constituição, sustentam alguns, não é nem interesse difuso nem coletivo (como o reconhece, por exemplo, Hugo Nigro Mazzilli:

A defesa dos Interesses Difusos em Juízo, São Paulo, 2000, p. 106). Há quem o veja, no entanto como tal, dizendo do sistema de proteção do patrimônio público, “que é uma espécie de direito difuso” (Nelson e Rosa Nery Junior, ao comentar o art. 1º da Lei nº 7347/85). Na verdade, tomado como objeto, *patrimônio* não é um *interesse*. A palavra *interesse*, sabidamente, provém de *inter esse*, do *estar entre*, e aponta não para uma substância, mas para uma relação. Neste sentido, já no século passado, Jhering definia direito subjetivo como *interesse* (juridicamente protegido), que não se confundia nem com a *res*, objeto do interesse (no caso de direitos reais) nem com a faculdade a ele correspondente. É verdade que *direitos adquiridos* podem vir a incorporar-se ao patrimônio do titular, o que faz deles *parte* de um patrimônio, mas não faz do patrimônio um direito.

No art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal, a propósito da ação popular, o constituinte deixa clara a referência, quando fala de “ato lesivo ao patrimônio público ou *de entidade de que o Estado participe*” (grifei). O texto ademais claramente distingue “patrimônio público” de “moralidade”. A referência, quanto a patrimônio público é a conjunto de bens, acervo, que *pertence* ao Estado ou a entidade de que o Estado participe. Parece razoável, nesse sentido, - até porque dizer que o mesmo termo está usado, na Constituição, em dois sentidos levaria a uma incontrolável indeterminação - que se veja na expressão constante da competência do Ministério Público (promoção da ação civil pública para a defesa do patrimônio público) o conjunto de bens pertencentes ao Estado ou a entidades das quais participe o Estado, com o fito de servir-lhes ao atendimento imediato e mediato do interesse público, sob regência de normas de direito público. Aí se incluem os bens de destinação comum ou de uso comum do povo (Código Civil, art. 66 – I), os bens de uso especial (Código Civil, art. 66 – II), os bens públicos dominicais (Código Civil, art. 66 – III). Nestes termos, o patrimônio público é a *res* de que cuida tanto a ação popular quanto a ação civil pública.

Obviamente, o uso metafórico da expressão *patrimônio* pode levar a transposições de toda ordem, mas, tecnicamente, há de se preservar sempre o sentido de *pertenças*, de bens que compõem um conjunto, que integram um conjunto qualificado como *público*. A própria Constituição fala em “patrimônio público e social”, dando margem a equivocados alargamentos. Note-se, porém, que a conjunção *e* não torna o patrimônio de que se fala um

só, posto que não se confundem o público e o social, por se tratar de duas díades distintas. O público se opõe ao privado enquanto o social se opõe ao individual, podendo haver, entre ambas, algumas interseções. Assim, a proteção do patrimônio público afasta o que constitui patrimônio privado que pode, no entanto, ser objeto de proteção enquanto patrimônio social (caso de bens culturais, como obras que até nem estão no domínio público e que constituem um patrimônio social, mas não público, estritamente: por exemplo, a obra de um pintor famoso, já falecido, de propriedade da família, que estivesse sendo alienada a adquirente estrangeiro, fazendo com que saísse do país).

A fonte de confusão, ao que me parece, está em confundir patrimônio público (e social) com interesse público. É preciso, nestes termos, distinguir entre *patrimônio público* e *interesse público*. Sobre este ponto é preciso o esclarecimento de José Marcelo Meneses Vigliar (Ação Civil Pública, São Paulo, 1997, p. 36): “Fica patente que nem sempre o interesse cujo Estado (enquanto pessoa jurídica de direito público) é o titular coincide com o interesse público identificado com o conceito de bem geral (interesse da coletividade como um todo). Ainda, muito dos interesses que afetam a coletividade como um todo são públicos (por exemplo, a preservação da memória histórica), embora não necessariamente, integrantes do acervo patrimonial do Estado, bastando que lembremos os inúmeros imóveis históricos, que sequer receberam do Estado esse reconhecimento, via tombamento”.

Ora, na competência conferida pelo art. 129 – III da Constituição Federal ao Ministério Público, o objeto tutelado não é o interesse público (no sentido de interesse de todos à boa gestão de valores socialmente relevantes) mas, sim, o interesse meta-individual relativo à *res patrimônio público*. Nestes termos, vale, porém, o alerta de Hely Lopes Meirelles de que as atribuições funcionais ao Ministério Público para propor a ação civil pública “não justificam o ajuizamento de lide temerária ou sem base legal, nem autorizam a concessão de liminar suspensiva de obras e serviços públicos ou particulares, regularmente aprovados pelos órgãos técnicos e administrativos competentes (...) não bastando o juízo subjetivo do Ministério Público para a procedência da ação” (Mandado de Segurança, Malheiros, 18ª edição, p. 149).

Assim, é fundamental que se dê o devido sentido a “patrimônio público

e social”, nele se compreendendo sempre um conjunto de *bens* de valor econômico, estético, histórico, turístico (cf. Hugo Nigro Mazzilli, op. cit. p. 140). Mas o simples fato de estar em questão o patrimônio público não justifica a legitimidade de parte para propor ação civil pública em termos de competência para a tutela de um interesse público tomado por interesse difuso.

Estas considerações são importantes para uma correta avaliação do eventual sentido da arrecadação e da probidade como patrimônio, objeto da competência na defesa de interesses meta-individuais.

Começo com a arrecadação. De início, faz mister distinguir entre *arrecadação* e *receita arrecadada*. (cf. Octávio Gouvêa de Bulhões: A política tributária, RDP, 1969, n. 7, p. 36). Receita arrecadada tem a ver com o sentido de bem público, com a entrada de bens pecuniários para o Tesouro, a compor o que se chama de erário. Já a arrecadação tem a ver com políticas públicas, em especial, políticas tributárias. Assim, por exemplo, observa Bulhões, na “administração do Presidente Kennedy deu-se início à variação de incidência dos impostos como instrumento de política monetária” (p. 42). O problema da arrecadação está, assim, na variação, admitida nos quadros constitucionais, para a implantação de progressividade, estímulos, isenções, reclassificação de fatos geradores, extensões ou reduções subjetivas da responsabilidade fiscal etc. Destas políticas pode resultar uma arrecadação cujos fins econômicos estejam ora no aumento da receita arrecadada, ora na sua diminuição em favor de melhor controle da sonegação, ora no estímulo à atividade privada em termos de favorecimento a metas econômicas etc.

Ora, nestes termos, a arrecadação não é, propriamente, um elemento (bem) do patrimônio público, mas uma atividade administrativa *guiada* por objetivos que servem ao interesse público. Ela é, assim, constituída de *políticas públicas*, sendo que tais políticas são, de princípio, opções de governo, sob controle legislativo e eleitoral. O implemento de tais políticas por meio de atos administrativos, praticados conforme os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, não compõe o patrimônio público enquanto objeto de competência para ajuizar uma ação civil pública, ainda que se possa ver, aí, uma questão de interesse público. Isto é, é possível perguntar se as políticas de arrecadação, implementadas por atos da administração, estão servindo ao interesse

público e se, por consequência, a arrecadação maior ou menor, mais intensa sobre este ou aquele grupo social, vale a pena ser apoiada, mas não mover ação civil pública para proteger, nesses termos, interesse público, o que faria do Ministério Público não um fiscal da lei, mas da atividade legislativa enquanto atividade política.

Nesse contexto, deve ser delimitado o alcance do conceito de *renúncia fiscal*. Referir a renúncia fiscal à arrecadação enquanto conjunto de políticas tributárias, para caracterizar dano ao patrimônio público, não faz sentido. Salvo, obviamente, quando o termo for usado economicamente e não juridicamente. Isto é, uma política de, por exemplo, estímulos fiscais que envolvam isenções, remissões, anistia e que diminua a arrecadação, pode ser uma opção de fortalecimento de investimento em determinado setor e renúncia fiscal do ponto de vista econômico. Neste sentido, por exemplo, fala Gabriel Francisco Leonardos (O Imposto de Renda na Fonte sobre os pagamentos ao exterior por serviços técnicos – Análise de um caso de renúncia fiscal do Brasil, Revista Dialética de Direito Tributário, 40, já. 1999, p. 32 ss.) ao entender estar a Receita Federal a promover renúncia fiscal em sua *interpretação* da ausência, no tratado Brasil/França, de artigo equivalente ao art. 21 da CM-OCDE, do “ponto de vista da política tecnológica e industrial” do país. Mas não cabe falar, aqui, de renúncia fiscal do ponto de vista jurídico como dano. Dano ao patrimônio por renúncia fiscal no sentido jurídico é renúncia a crédito tributário, conforme um padrão legal **instituído**, não, porém, a renúncia decorrente de opção legislativa que institui o padrão.

Portanto, ainda que se entenda, como faz Camargo Mancuso (Ação civil pública, RT, 6ª edição, p. 40), que “apenas ficam poupados do contraste judicial os atos *puramente discricionários* ou os *exclusivamente políticos*”, dando azo ao questionamento judicial de “políticas públicas”, há de se convir que este questionamento não pode atingir a opção **política** legislativa sob pena de ferir-se o princípio da tripartição. Correto, nestes termos, Hugo Nigro Mazzilli quando reconhece caber a ação civil pública quando o ato discricionário da administração contiver irregularidades sob aspecto de competência e legalidade, mas nunca “para administrar em lugar do governante” (p.42; no mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles, op. cit. p. 149, nota 4).

Veja-se, por exemplo, o caso de ato do Executivo que tem competência normativa estabelecida diretamente pela Constituição (art. 153, par. 1º), que lhe outorga a atribuição de decidir, conforme seu juízo de oportunidade e conveniência, sobre as alíquotas do IPI, atendidas as condições e limites legais. Trata-se de ato de exercício de competência legislativa *lato sensu*, diretamente outorgada pela Constituição ao Executivo. Contra ele cabe ação direta de inconstitucionalidade, não, porém, ação civil pública.

Quanto à probidade, é preciso evitar uma confusão na análise da estrutura normativa. Não se discute que a condenação de atos de improbidade administrativa e do correspondente dano ao patrimônio público proteja o valor *probidade*. Esta, porém, enquanto exigência de boa gestão da coisa pública, configura um interesse público, mas não um interesse difuso ou coletivo (cf. Hugo Nigro Mazzilli, op. cit. p. 106). Como esclarece Ada P. Grinover, “os interesses difusos não são interesses públicos no sentido tradicional da palavra, mas antes interesses privados, de dimensão coletiva” (Ações Coletivas para a Tutela do Ambiente e dos Consumidores: Seleções Jurídicas, COAD, set./1986, p. 21 ss. P. 101).

Tenha-se em conta a Lei Complementar n. 75/93, art. 6º, que atribui competência ao Ministério Público da União para: “XIV – promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto: ... f) à probidade administrativa”.

Ora, este dispositivo fala em “outras ações”, o que, a toda evidência, não autoriza o entendimento da “probidade administrativa” como “interesse social e individual indisponível”. Para a defesa da probidade, existem lei própria e ação própria (Lei n. 8429/92). O uso da ação civil pública para a defesa da probidade confunde a proteção do patrimônio público contra atos de improbidade com a proteção daquele enquanto interesse difuso. Assim, na defesa do patrimônio público, o Ministério Público está legitimado a propor a ação civil pública, mas se a causa de pedir é o ato de improbidade, a ação competente é a ação de improbidade. Até porque é na Lei n. 8429/92 que vem configurado o dano ao patrimônio por ato de improbidade administrativa. Se a probidade não é interesse difuso ou coletivo (mas interesse público), nem a Constituição Federal (art. 129 – III), nem a Lei Complementar n. 75/93 (art. 6º – VII - b), nem a Lei n. 8625/93 (art. 25, IVC, b), nem mesmo a Lei 8429 (art. 17) - Lei da Improbidade

Administrativa - autorizam o uso da ação civil pública para a defesa da probidade administrativa.

Isto tem uma consequência importante. Se os danos causados ao patrimônio público por improbidade administrativa têm lei própria e processo próprio, a alegação de imoralidade por improbidade administrativa pressupõe sua demonstração em processo próprio, não podendo ser invocada abstratamente a improbidade/moralidade para dar legitimidade ao uso da ação civil pública. Ou, como bem esclarece Marcelo Figueiredo (Probidade Administrativa, Malheiros, 3ª edição, p. 92): “Diante do ato de improbidade, os legitimados devem propor a presente ação [de improbidade] e não outras, ainda que em defesa do patrimônio público”. Assim, prossegue ele, se nada impede a propositura da ação civil pública ou da ação popular para a defesa do patrimônio público, em caso de improbidade administrativa, aquelas serão propostas “a título subsidiário (art. 17, par. 2º, da Lei [8429/92])”, sendo um “contra-senso poder-se ‘optar’ por escolher essa ou aquela via em detrimento da própria punição que se pretende garantir [contra o ato de improbidade]”.

Na verdade, a invocação **em abstrato** da probidade e da moralidade - sem dúvida interesses públicos, mas não interesses difusos e coletivos - apenas ressalta que o objeto da ação civil pública, no caso, é uma suposta ilegalidade do ato administrativo, confundindo, destarte, imoralidade com ilegalidade. Ressalvada a posição do positivismo analítico, que não vê na moralidade um objeto passível de análise jurídica, esta então reduzida à norma legal, o grande esforço da tradição ocidental, até o presente e, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial, está em estabelecer uma diferença entre legalidade e moralidade.

Assim, para falar genericamente, enquanto a legalidade exige conformidade à lei, a moralidade exige conformidade a princípios e objetivos éticos. Mas enquanto a ilegalidade admite a demonstração abstrata, isto é, desvinculada das consequências para a realidade dos fatos (responsabilidade condicional ou pelos meios, independentemente de se os fins são ou não atingidos), a imoralidade exige sempre a demonstração concreta, isto é, vinculada às consequências para o mundo dos fatos (responsabilidade finalística ou pelos fins, cujo atendimento é vinculado à correta eleição dos meios). Por isso, a responsabilidade legal pode ser objetiva ou subjetiva, mas a responsabilidade moral será sempre subjetiva,

envolvendo intenção, respeito à dignidade própria e alheia etc. Portanto, se um ato (administrativo) é discricionário, sua não conformidade legal será apreciada pela desobediência aos limites da competência discricionária dada pela lei. Mas sua não conformidade moral exige prova de desconformidade entre meios e fins, ou porque os meios (corretos) são usados para fins diferentes (interesses privados, pessoais) ou fins (corretos) são utilizados para justificar o uso de meios perversos, ou meios (incorretos) são utilizados para a obtenção de fins (incorretos).

Entende-se, nestes termos, que a Lei da Improbidade Administrativa veja como atos de improbidade aqueles que, embora conforme a lei, importem em vantagem (indevida) pessoal, para si ou para outrem, ou aqueles que, por dolo ou culpa, ensejem perda patrimonial ao erário, ou aqueles ainda que atentem contra princípios da administração pública, destruindo-lhe a transparência (público em oposição a secreto) e o interesse público (público em oposição a privado).

Ou seja, quando, por hipótese argumentativa, é afirmado que se viola uma norma instrumental reguladora da competência objetiva da autoridade administrativa (presunção *juris et de jure*: isenção só por lei), comete-se uma incompetência no sentido estrito, isto é, pergunta-se se o agente perseguiu uma finalidade pública encerrada no círculo de competência objetiva ou das atribuições de outra autoridade (o Legislador). Se essa outra autoridade é o Legislador, a incompetência constitui uma ilegalidade/inconstitucionalidade. Mas, nesse caso, **só por isso**, a autoridade administrativa não está a desviar, subjetiva ou intencionalmente, os seus poderes para a satisfação de uma necessidade não tutelada; o desvio é aqui puramente objetivo, os poderes exercidos, o comportamento ou medida adotada, vão servir para a satisfação de uma necessidade que, estando tutelada, não faria parte das atribuições do agente considerado. Ora, o regime jurídico que mais convém a essa ilegalidade é o da incompetência objetiva e não o de improbidade, **que é vício de ordem subjetiva**.