



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA __ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL DO RIO DE JANEIRO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, inscrito no CNPJ sob o nº 28.305.963.001-40, por meio do Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária- GAESF, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, vem, com fulcro no Art. 5º, inciso LXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil e no art. 1º da Lei nº 12.016/09, impetrar o presente

MANDADO DE SEGURANÇA
COM PEDIDO LIMINAR

em face de

- 1) **CESAR AUGUSTO BARBIERO**, Secretário Municipal de Fazenda do Município do Rio de Janeiro, cujo domicílio legal situa-se na Rua Afonso Cavalcanti, 455 – prédio anexo, Cidade Nova, Rio de Janeiro/RJ, CEP: 20211-110, neste ato nomeado como autoridade coatora;
- 2) **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**, pessoa jurídica de direito público interno na qual se encontra integrado a autoridade coatora acima mencionada, com sede na Rua Afonso Cavalcanti, 455 – prédio anexo, Cidade Nova, Rio de Janeiro/RJ, CEP: 20211-110, na esteira do que dispõe o art.6º da Lei nº. 12016/2009.

1. FATOS

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por intermédio deste Grupo Especializado no Combate à Sonegação Fiscal e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária- – GAESF instaurou, no âmbito das suas atribuições descritas na Resolução GPGJ n. 2.100/2017, o



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

Inquérito Civil n.º 07/2017, com o objetivo de analisar a regularidade da renúncia fiscal do Imposto Sobre Serviços (ISS), instituída pela Lei Municipal n.º 5223/2010¹, em benefício das concessionárias prestadoras de serviço público de transporte coletivo urbano, os consórcios INTERSUL, INTERNORTE, INTERCARIOCA e SANTA CRUZ, bem como o seu impacto na modicidade tarifária do modal no interregno de sua vigência até a sanção da Lei n.º 101-A/2017², em dezembro de 2018.

Com vistas à instrução do mencionado Inquérito Civil, este Grupo de Atuação Especializada expediu, no dia 09 de janeiro de 2019, o ofício GAESF/SEC n.º 02/19, dirigido ao Secretário Municipal de Fazenda, Sr. César Augusto Barbeiro, requisitando os valores referentes à renúncia de receita fiscal em benefício de cada consórcio, que prestam o serviço de transporte municipal, em decorrência da Lei Municipal n.º 5223/2010, devendo, ainda, ser discriminado os valores por empresa consorciada.

Em resposta, no dia 22 de fevereiro de 2019, o Secretário Municipal de Fazenda do Rio de Janeiro encaminhou o ofício SMF n.º 115/2019, recusando-se a apresentar as informações requisitadas sob o argumento de que as mesmas estão guarnecidas pelo sigilo fiscal, previsto no artigo 198, *caput*, do Código Tributário Nacional (CTN).

Ocorre que a resposta negativa do Secretário Municipal de Fazenda se baseiam em equivocada aplicação da regra sobre sigilo de dados fiscais, prevista no artigo 198 do CTN, por entender que informações sobre gastos tributários realizados pelo município (renúncia fiscal) confundem-se com a “*situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades*”.

A falta de cooperação da Fazenda Municipal, na figura da autoridade pública impetrada, sobressalta aos olhos, pois não apresenta qualquer fundamentação lógica que justifique a exclusão dos princípios republicanos da transparência e publicidade no tocante à renúncia fiscal em questão, já que se trata de recursos que deveriam compor o orçamento do Município e que, em virtude de uma lei municipal,

¹ A Lei 5223/10 reduziu a alíquota do ISS incidente sobre a atividade de prestação de serviço de transporte coletivo por ônibus de 2% para 0,01%;

² Lei Municipal 101-A/17- reestabeleceu a alíquota do ISS para 2%.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

deixaram de ser recolhidos para supostamente subsidiar um serviço público prestado por particular. Ademais, não considera que a norma aplicada comporta exceções, que estão previstas nos parágrafos do mesmo artigo 198 do CTN; ou seja, a própria regra excepcional de sigilo admite restrições que não foram observadas, como a de intercâmbio de informações sigilosas com autoridades administrativas, desde que cumpridos certos requisitos, conforme previstos nos autos de inquérito civil.

Embora o Ministério Público tenha informado, por meio de ofício requisitório, a existência prévia de inquérito civil e que necessitava, para findar a instrução do mesmo, do compartilhamento dos valores usufruídos pelas empresas consorciadas em cada um dos quatro consórcios concessionários do supracitado serviço público, o Secretário Municipal de Fazenda, Sr. César Augusto Barbeiro, contrapôs as assertivas do órgão ministerial, apresentando manifestação genérica e abstrata referente às informações requisitadas.

Essa negatização é ainda agravada pela incoerência no comportamento da Fazenda Municipal, que, em 2015, encaminhou ao então Promotor de Justiça oficiante o ofício SMF n° 426/2015, contendo informações do montante total a título de renúncia de receita fiscal no período de 2011 a 2015, em prol dos consórcios de empresas alvo de investigação do Inquérito Civil n° 07/2017, agora se recusa a prestar informação atualizada e mais detalhada sobre a receita que deixou de ser recolhida por cada beneficiado.

Ressalte-se que esse órgão ministerial não requisitou informações sobre a situação econômica e financeira das concessionárias, tais como faturamento, lucro, etc, mas tão somente dados sobre a renúncia de receita, ou seja, o que cada uma deixou de recolher a título de ISS ao ser reduzida a alíquota de 2% para 0,01%. Trata-se, portanto, de **dados da receita do município**, sobre os quais devem incidir o **princípio da transparência na gestão orçamentária**, bem como **as normas de responsabilidade fiscal**, que apenas por via indireta e reflexa são referentes aos contribuintes.

A simples recusa ao Ministério Público de qualquer tipo de informação, especialmente as que não têm nenhuma pertinência com as hipóteses previstas no art. 198, *caput*, do CTN, **constitui uma flagrante postura refratária, tendente a prejudicar investigação promovidas no bojo dos**



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

inquéritos civil ora em comento; e, em especial, para o caso, as requisições proferidas também no bojo do inquérito civil n.º.07/2017.

Negar ao MPRJ informações de interesse público necessárias à instrução de um inquérito civil, viola, outrossim, normas de proteção constitucional concernentes a missão e funções institucionais do Ministério Público, dentre as quais os incisos III e VI do artigo 129 da Constituição Federal, espelhados nos incisos III e VI do artigo 173 da Constituição Estadual do Rio de Janeiro.

Dessa forma, considerando que a ação comissiva ora narrada se encontra também desassociada das normas cogentes previstas na Lei Complementar Nacional n.º. 105/01; no art. 198, §1º, I e II do CTN; no art. 26, §2º da Lei n.º 8.625/93, e não havendo outra medida judicial cabível ao caso, deverá o presente *writ of mandamus* ser conhecido e provido, **para que seja determinado o encaminhamento das informações referentes aos valores da renúncia de receita de ISSQN em benefício de cada empresa consorciada, por meio das quais os consórcios prestam o serviço público a eles delegados, devendo, ainda, ser encaminhado também o total usufruído por cada consórcio concessionário.**

2. AS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS, OS DEVERES E OS PODERES DO MINISTÉRIO PÚBLICO:

A Constituição Federal de 1988, ao instituir que o Ministério Público passaria a ser um órgão autônomo, permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, dotou-lhe de certas garantias fundamentais, para que pudesse cumprir seus misteres constitucionalmente previstos de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da Carta Federal).

Por isso, ao enumerar as suas funções, conferiu-lhe, no seu art. 129, II e III, o poder-dever de instaurar inquéritos civis e de ajuizar ações civis públicas, como forma de tutelar os interesses difusos e coletivos e de zelar para que as normas constantes do ordenamento jurídico sejam cumpridas por todos, inclusive pelo Poder Público.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

O inciso VI do referido artigo constitucional garante que o Ministério Público poderá “*expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva*”.

Torna-se claro, portanto, que o poder de requisição ministerial, proveniente de sua função institucional de tutelar interesses transindividuais, tem expressa previsão constitucional, não podendo, portanto, ser subjugado por normatizações infraconstitucionais, menos ainda por entendimentos equivocados acerca da *mens legis* de tais regramentos infraconstitucionais, como ocorre *in casu*.

Seguindo a esteira do regramento constitucional antes destacado, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/2003) e, mais especificamente, a Lei Complementar Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (LC nº 106/2003), fixaram as normas gerais de organização, definiram as funções de seus membros e elencaram as garantias e prerrogativas do MPRJ para que tais funções pudessem ser postas em prática. E, dentre as regras legais pertinentes, definiu também os meios de deflagração de procedimentos administrativos inquisitoriais (inquérito civil), bem com os poderes de instrução desses mesmos procedimentos, presididos pelo órgão ministerial:

LEI 8.625, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1993.

Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

(...)

b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

LEI COMPLEMENTAR Nº 106, DE 03 DE JANEIRO DE 2003.

Art. 35 – No exercício de suas funções, cabe ao Ministério Público:

I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos para a apuração de fatos de natureza civil, sempre que tal se fizer necessário ao exercício de suas atribuições e, para instruí-los:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

(...)

b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades e outros órgãos federais, estaduais e municipais, bem assim das entidades da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e das entidades sem fins lucrativos que recebam verbas públicas ou incentivos fiscais ou creditícios.

Consolidando no plano fático as disposições legais acima e, tendo em vista o atual contexto de crise financeira que assola o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro instituiu o GAESF – Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal e aos Ilícitos contra a Ordem Tributária.

O grupo tem como objetivo investigar a legalidade, a legitimidade e a eficiência na previsão, instituição e arrecadação dos tributos pelas Fazendas Estadual e Municipais, reprimindo, ainda, os ilícitos civis e penais praticados contras as regras legais de Direito Orçamentário, Financeiro e Tributário, nos termos da Resolução GPGJ n° 2.100/2017³.

³ Art. 2º – O GAESF tem por finalidade prestar auxílio aos órgãos de execução do Ministério Público incumbidos da prevenção e da repressão: (...)

II – aos ilícitos civis praticados em detrimento das ordens tributárias Estadual e Municipais, que atentem contra as normas regulamentares, legais e constitucionais referentes à previsão, instituição e arrecadação da receita tributária, em especial nos procedimentos que tenham por objeto:

- a) zelar pelo efetivo cumprimento das normas referentes à previsão, instituição e arrecadação da receita tributária, previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n° 101, de 4 de maio 2000) e outras legislações congêneres;
- b) zelar pelo efetivo cumprimento das normas previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n° 101, de 4 de maio 2000) e outras legislações congêneres referentes à renúncia de receita tributária;
- c) acompanhar as metas de arrecadação de tributos, as medidas de combate à sonegação fiscal, de cobrança da dívida ativa e dos créditos executáveis pela via administrativa, a fim de propor medidas para dar eficiência a essas políticas e fiscalizar a legalidade dos atos praticados nesta seara;
- d) acompanhar as metas fiscais estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias e outras normas congêneres que tenham referência com a receita tributária, a fim de zelar pelo cumprimento do resultado primário pretendido;
- e) promover a responsabilização dos agentes públicos por meio da ação de improbidade administrativa, pelo descumprimento das normas relativas à previsão, instituição, arrecadação e renúncia de receitas tributárias ou ainda em caso de quaisquer condutas que atentem contra a ordem tributária.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

Em virtude de tais funções e ante a notícia de que pode ter ocorrido alguma irregularidade na manutenção de benefício fiscal incidente sobre o ISS devido pelas empresas consorciadas que integram os consórcios de ônibus, o GAESF – Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal e aos Ilícitos contra a Ordem Tributária – instaurou o **Inquérito Civil n.º. 07/2017.**

Esse inquérito nada mais é do que uma investigação administrativa preliminar, instaurada e impulsionada por órgão ministerial legitimamente constituído, cujo objetivo é a colheita de substratos mínimos para que o próprio órgão possa identificar uma eventual ocorrência de lesão ou ameaça de lesão a direitos difusos e coletivos indisponíveis, as quais poderiam vir a ensejar uma propositura de ação civil pública ou de improbidade administrativa, bem como a propositura de um termo de ajustamento de conduta ou a da expedição de uma recomendação às autoridades competentes.

Na jurisprudência e na doutrina pátrias, mais especificamente nas lições dos mestres Hugo Mazzili, José Celso de Mello Filho, Nelson Nery Júnior e Édis Milaré, tem prevalecido o entendimento de que **a natureza jurídica do inquérito civil é de procedimento administrativo**, haja vista que, (1) **no mesmo, não há acusação formal**; (2) **ele não se destina à aplicação de sanção**; (3) **nele não se decide sobre controvérsias ou conflitos de interesses e que**; (4) **ele não interfere na situação ou relação jurídica de outrem (limitando, restringindo ou anulando direitos).**

A única finalidade de um Inquérito Civil é, portanto, investigar determinado fato, servindo, pois, unicamente (e não basicamente) de elemento de convicção para que o membro do Ministério Público forme sua *opinio* sobre se determinada conduta, de interesse coletivo, é ou não ilícita. Trata-se, portanto, de um nítido procedimento administrativo, presidido por autoridade não jurisdicional (portanto, lato sensu, administrativa), que tem por finalidade analisar hipótese fática que se adequaria a uma infração administrativa fazendária, ou ainda a um ato de improbidade administrativa (tal com previsto no art. 198, § 1º, II do CTN).

Relembremos que, nos procedimentos administrativos de sua atribuição, genericamente considerados - dentre os quais, repita-se, consta o inquérito civil -, poderá o Ministério Público expedir notificações requisitando documentos, informações, certidões, exames ou perícias de qualquer órgão público ou particular, tal como preveem não só os já destacados arts. 26, inciso I, “b”, da Lei n.º. 8.625/1993 e 35,



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

inciso “b” e “d” da Lei Complementar n.º.106/2003, como também os arts. 8º, §1º Lei de Ações Cíveis Públicas; 8º, incisos II, III e IV da Lei Complementar Federal n.º 75/93; 223, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente e; 74, inciso V, “b” e “c” do Estatuto do Idoso, dentre outros.

Aliás, o próprio art. 26, §2º da Lei n.º. 8.625/1993 e o art. 8, §2º da Lei Complementar n.º 75/93 permitem que o *Parquet* requisite informações e documentos que envolvam sigilos, tendo, em contrapartida, o ônus imposto ao Promotor que preside as investigações de ser responsabilizado cível e criminalmente por eventual utilização indevida de informações sigilosas.

Desta forma, a recusa da autoridade coatora em responder à requisição ministerial dá margem a que o Ministério Público impetre ações mandamentais, como forma de resguardar e reforçar as suas missões institucionais, conforme disposto nos regramentos antes destacados:

Art. 32. Além de outras funções cometidas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e demais leis, compete aos Promotores de Justiça, dentro de suas esferas de atribuições:

I – impetrar habeas–corpus e mandado de segurança e requerer correição parcial, inclusive perante os Tribunais locais competentes; (Grifou–se)

No presente caso, a impetração dessa ação constitucional possui ainda diferentes sentidos, pois, além de salvaguardar e garantir o pleno exercício das funções institucionais de investigação do Ministério Público, ela servirá também como instrumento garantidor do direito ao acesso à informação, do princípio da publicidade que emana sobre as operações envolvendo erário, e da garantia de transferência de sigilo entre as autoridades administrativas, prevista no art. 198, §§ 1º, II e 2º, do Código Tributário Nacional; conforme se verá melhor adiante.

3. DA AUTORIDADE COATORA.

De outra banda, no que concerne à autoridade coatora, o Secretário Municipal de Fazenda, Sr. Cesar Augusto Barbiero, é o responsável pelo atendimento aos ofícios e requisições expedidos pelo Ministério Público, que são direcionadas à sua pasta e que têm como conteúdo temas de sua competência.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

De fato, conforme a cópia da resposta da Secretaria Municipal de Fazenda, o mencionado Secretário se recusou a apresentar os documentos requisitados, tendo ignorado o sistema normativo que fundamenta a expedição de ofício pelo Ministério Público, justificando, equivocadamente e de modo genérico, as suas supostas razões de negar o acesso às informações requisitadas pelo fato de que isso violaria o sigilo das informações fiscais dos contribuintes.

Será que essas informações são sigilosas, não sendo, portanto, aplicável à hipótese de acessá-las, a ponto de ser possível o acesso tão somente pelo ajuizamento de medidas da quebra de sigilo fiscal? Essas informações são, pelo contrário, públicas e enquadradas nas normas de responsabilidade fiscal (LC 101/00) sobre a transparência e planejamento da gestão, devendo estar discriminados nas respectivas LDOs (Lei de Diretrizes Orçamentárias) do Município como estimativa de renúncia de receita, no caso, derivada.

Portanto, à luz dos princípios que regem a administração pública e da Lei de Responsabilidade Fiscal, tais informações não estão acobertadas pelo sigilo fiscal, pelo contrário, se submetem ao princípio da transparência, sendo por esta razão dever do Secretário Municipal atender às requisições ministeriais, expedidas com fulcro em uma investigação oficial, que analisa eventual cometimento de atos ilícitos financeiros/orçamentários, cometidos no âmbito da Administração Fazendária desse ente público, em obediência ao dever de cooperação com o desenvolvimento regular e legal das investigações ministeriais⁴.

Por sua vez, este inquérito tem por fim a análise do requerimento da legalidade da concessão do tratamento tributário diferenciado instituído pela Lei Municipal n.º 5223/2010 (redução de alíquota do ISS), em favor das empresas que prestam serviço público, e que contribui para uma renúncia sobre a receita municipal com ISS, na ordem das dezenas de milhões de reais, por ano.

⁴ Que pode ser extraído do artigo 198, § 2º, do Código Tributário Nacional.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

4. O MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO – A LEGITIMIDADE PASSIVA DA ENTIDADE JURÍDICA VINCULADA À AUTORIDADE COATORA.

Nos termos da Lei n.º 12.016/2009, da jurisprudência predominante, bem como dos institutos processuais mais basilares, a autoridade coatora, em regra, não possui capacidade processual, nem personalidade própria, sendo, tão somente, responsável pelo ato que faz a reclamação da impetração do *writ*.

Neste entender, a doutrina e o Supremo Tribunal de Justiça adotaram a Teoria da Apresentação, criada por Pontes de Miranda, segundo a qual todos os atos de vontade praticados pelos agentes públicos são, automaticamente, imputados à entidade jurídica a qual esteja vinculada. Logo, a autoridade coatora é parte integrante, fragmento, pois, da pessoa jurídica que, na realidade, ostenta *legitimatío ad causam* e *ad processum*.

Desta forma, o art. 6º, *caput*, da Lei n.º 12.016/2009 previu o dever de o Impetrante indicar corretamente a pessoa jurídica a qual está integrada a autoridade coatora, a qual teria atribuição processual para apresentar defesa, sem prejuízo das eventuais informações a serem prestadas por esta.

A complexa estruturação do mandado de segurança na regência da nova legislação esparsa com a designação exata da pessoa jurídica a qual está vinculada a autoridade coatora, tem por fim definir a competência do órgão jurisdicional e evitar prematura extinção da ação constitucional, sem resolução do mérito.

Dirimindo eventuais dúvidas sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal pacificou o seu entendimento acerca da necessidade de incluir a pessoa jurídica de direito público no polo passivo de um *mandamus*, nos exatos termos do julgado a seguir:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PARA INTERPOR RECURSO EXTRAORDINÁRIO.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

JUIZ AUDITOR MILITAR. PROMOÇÃO PARA O TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DO TEMA CONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA À CARTA MAGNA. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade ou o órgão tido como coator é o sujeito passivo do mandado de segurança, razão por que é ele o único legitimado para recorrer da decisão que defere a ordem. 2. Não se encontram prequestionados os arts. 5º, XXXV, XXXVI, LXIX e LXXI, 93, I, II e III, da Constituição Federal, invocados na petição de apelo extremo, pois não foram apreciados no acórdão recorrido, e, embora suscitados na petição dos embargos de declaração, não foram apresentadas contrarrazões ao recurso ordinário em mandado de segurança, momento em que poderiam ter sido oportunamente apontados, não se prestando os declaratórios a inovar matéria constitucional estranha aos autos, como tem reiteradamente decidido esta Corte. 3. De outra parte, o Superior Tribunal de Justiça acolheu a pretensão da impetrante a partir da exegese do Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado de Mato Grosso do Sul (Lei estadual 1.511/94) e de dispositivos da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN, o que implica dizer que suposta infringência ao texto constitucional, acaso existente, seria indireta ou reflexa, cujo exame não tem lugar na sede extraordinária. 4. Agravos regimentais improvidos. Processo RE 412430. MS. órgão Julgador Segunda Turma. Partes PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, JOSÉ RIZKALLAH, ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, PGE-MS – ULISSES SCHWARZ VIANA, MARILZA LÚCIA FORTES, EVANDRO FERREIRA DE VIANA BANDEIRA. Publicação DJ 17-03-2006. Julgamento 13 de Dezembro de 2005. Relator Min. ELLEN GRACIE.

Importante o registro de que, embora a Lei n.º 12.016/2009 permita a prática de determinados atos processuais pela autoridade coatora, fato é que, tanto os efeitos de eventual sucesso do *writ*, como também eventual pagamento imputado por despesas processuais e condenação pecuniária por descumprimento da ordem mandamental, deverão atingir a pessoa jurídica a qual esteja vinculada.

Em razão disto que, na presente ação constitucional, a legitimação e capacidade de ser parte e de estar em juízo é do Município do Rio de Janeiro, pessoa jurídica de direito público, a cujos quadros pertence o Secretário.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

5. O PRAZO PARA IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA

O mandado de segurança é instrumento jurídico previsto no artigo 5º, inciso LXIX da CF em que Impetrante pretende junto ao Poder Judiciário a cessação do ato ilegal e abusivo violador do direito líquido e certo, não amparado por outras ações constitucionais, possuindo regulamentação pormenorizada com a edição da Lei nº. 12.016/2009.

Dentre as hipóteses e circunstâncias regulamentadas pela lei ordinária, o artigo 23 da Lei nº. 12.016/2009 estabeleceu que o exercício do direito material pleiteado se submeterá ao prazo decadencial de 120 (cento e vinte dias), a serem contados partir da data de ciência do ato coator comissivo ou omissivo.

In casu, o Ministério Público teve conhecimento da recusa ao cumprimento do ofício ministerial no dia 22 de fevereiro de 2019, ocasião em que foi juntado aos autos do Inquérito Civil nº 07/2017 o ofício SMF nº 115/2019, que gerou efeitos lesivos aos poderes de investigação do Parquet, turbando o regular andamento da investigação extrajudicial.

Desta forma, **o termo final para a impetração da ação constitucional findaria somente no dia 22 de junho de 2019**, não havendo razão para eventual alegação de perecimento do direito perseguido por este Impetrado. Nesse exato sentido, já assentou Maria Sylvia Zanella Di Pietro na doutrina:

“É preciso distinguir: 1. Se o mandado é interposto contra ato lesivo já praticado, o prazo começa a correr a partir da ciência do ato; nenhuma consequência terá a interposição de recurso administrativo sem efeito suspensivo, porque o ato já está causando lesão e, em consequência, o prazo de decadência já está correndo. (Direito administrativo. 11ª Edição. São Paulo: Atlas, 1999).”

Na mesma banda, o Supremo Tribunal Justiça julgou recente caso sobre o tema:

*RECURSO O RIDNÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA.
IMPETRAÇÃO. TERMO INICIAL. DISCUSSÃO. EXORDIAL.*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

IMPRECISÃO. MANUTENÇÃO DA PENHORA, IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECADÊNCIA. RECONHECIMENTO. TERATOLOGIA. AUSÊNCIA. 1. A jurisprudência desta Corte formou-se no sentido de que o marco inicial para a contagem do prazo decadencial para impetração do mandado de segurança deve coincidir com a data da ciência inequívoca do ato lesivo pelo interessado. 2. Na hipótese, a petição inicial é inespecífica no que respeita ao ato coator, referindo-se genericamente a ato que manteve a penhora. 3. A decisão que negou provimento à impugnação ao cumprimento de sentença é o primeiro ato que determinou a manutenção da penhora, tendo sido proferida 1 (um) ano antes da impetração quando já operada a decadência. 4. A impugnação de ato judicial, pela via do mandado de segurança, somente é admissível se o impetrante comprovar sua teratologia ou flagrante ilegalidade, ou, ainda, a ocorrência de abuso de poder para autoridade que proferiu a decisão. 5. Recurso ordinário não provido. RMS 49993 SC 2015/0323035-6. Terceira Turma. DJe 29/08/2017. Julgamento 22 de agosto de 2017. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Dessa forma, tendo em vista que o Ministério Público, ora Impetrante, cumpriu rigorosamente com os requisitos de temporalidade e competência do presente mandado de segurança, tendo manejado a ação constitucional no tempo hábil e no órgão competente, deverá esse respeitoso juízo reconhecer a admissibilidade deste procedimento especial e seguir a análise das questões de mérito.

6. DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

6.1 DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NA GESTÃO FINANCEIRA

No presente *writ mandamus*, dentre os princípios constitucionais que incidem sobre os dados e documentos públicos, **destaca-se o princípio da publicidade, que impõe ao administrador público o dever de maior transparência possível na realização de suas atividades, e cujo descumprimento neste caso revela-se patente e manifesto.**



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

Dotando contornos de aplicação específica, o princípio da publicidade, como princípio da administração pública, encontrou guarida no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, abrangendo toda atuação estatal, não apenas sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, da propagação do conhecimento da conduta e das posições firmadas por seus agentes e prepostos.

A finalidade da citada norma constitucional é a de que fossem revelados a todos os cidadãos o que se realiza no âmbito dos órgãos administrativos, cujas atividades, de modo geral, devem se revestir da mais límpida clareza e transparência, publicando-se decisões ou atos administrativos, nos termos da lei infraconstitucional.

Visando a concretização desse princípio, o artigo 3º da Lei nº 12.557/2011 assim disciplina a disponibilização de informações públicas por parte do Estado:

“Art. 3º: Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;

II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;

III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;

IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;

V - desenvolvimento do controle social da administração pública.”

Salutar repetir que, em outras palavras, o Poder Público não pode ter segredos, ressalvados as hipóteses previstas na Constituição Federal. Ou seja, a regra é de que não há ato administrativo que deva ser praticado às escondidas, especialmente quando a publicidade do ato for necessária ao controle da legalidade e legitimidade dos recursos públicos por parte do Ministério Público.

Submetidos ao aludido princípio da publicidade administrativa como condição de validade estão, portanto: (i) **os atos concluídos, os em formação e os processos em andamento**; (ii) os contratos



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

administrativos, os atos gerais e individuais, de gestão, vinculados ou discricionários; (iii) os normativos, punitivos, portarias, avisos, dentre outros; (iv) **além das decisões**, sejam elas proferidas em processos punitivos, **sejam em requerimentos ou procedimentos concessórios ou denegatórios de vantagens financeiras ou quaisquer benefícios. Tudo isto é papel, ou documento público, que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado, e dele pode obter certidão ou fotocópia autenticada para os fins constitucionais.**

A hipótese dos autos enquadra-se no conhecimento sobre os efeitos da decisão que concedeu vantagens às consorciadas a partir da redução da alíquota do ISS incidente sobre a prestação de serviço público de transporte coletivo municipal. Ou seja, se a renúncia fiscal serviu para supostamente assegurar o equilíbrio do contrato financeiro e a modicidade da tarifa, é evidente que o Poder público está efetuando um verdadeiro gasto público, que terá impacto direto no orçamento do Município e, portanto, no planejamento do financiamento de suas atividades. Por tal razão, essa atuação do Poder Público não é completamente discricionária e encontra-se adstrita às condições, finalidades e aos limites fixados pela Constituição Federal.

Como é do conhecimento geral: a Constituição Geral de 1988, ao instituir o Estado Democrático de Direito, estabeleceu os fins almejados e as necessidades públicas que devem ser por eles atendidas, tais como: a prestação de serviços públicos, o exercício do poder de polícia, as hipóteses e as formas de intervenção no domínio econômico, a manutenção adequada de sua estrutura, entre outros. Para o bom desempenho desse conjunto de atribuições, a Constituição também previu os seus meios de financiamento, ao estabelecer princípios e regras sobre a obtenção de receitas e a realização de despesas públicas que garantem uma gestão fiscal responsável e eficiente.

No que tange à ordem econômica, a carta constitucional consagrou os princípios da valorização do trabalho, da livre iniciativa e da livre concorrência com a finalidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (artigo 170 da CF/88). Por ser algo preferencialmente desenvolvido pelos particulares, a CF/88 disciplinou que o Estado, lato senso, pode intervir no domínio econômico somente quando imprescindível à garantia da segurança nacional ou para atender à relevante interesse coletivo (artigo 173 da CF/88).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

Nesse ponto, estabelece o artigo 174 da Constituição Federal:

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Assim, com vistas a organizar, planejar e incrementar o seu desenvolvimento, o constituinte nacional previu para o poder público a possibilidade de intervir sobre o domínio econômico visando a fomentar as atividades de determinados setores produtivos ou de certas regiões territoriais. E dentre os mais recorrentes atos de fomento à atividade econômica, estão o incentivos fiscais.

No caso em questão, estamos a evidenciar a natureza pública dos dados relativos ao incentivo fiscal previsto na Lei Municipal Carioca nº 5223/2010, que estabeleceu um tratamento tributário diferenciado quanto à incidência do ISSQN sobre as atividades de prestadores de serviços públicos de transporte coletivo por ônibus. Por tal razão é fundamental nos atermos a essa modalidade de intervenção estatal na economia, considerando os aspectos jurídicos dos incentivos fiscais, entre eles sua natureza, seus limites, requisitos e objetivos com o intuito de comprova que os benefícios fruídos podem estar afrontando gravemente o ordenamento jurídico e causando um nefasto dano ao erário.

É certo que, no exercício de sua atividade normativa e reguladora, constitucionalmente prevista, o ente público se vale de normas tributárias para provocar modificações nas estruturas econômicas e sociais, buscando atingir os fins delineados na Constituição. Assim, além de arrecadar recursos financeiros para custeio de suas atividades, as normas tributárias podem ter uma finalidade extrafiscal, ou seja, podem ser utilizadas para estimular ou desestimular comportamentos dos agentes econômicos.

De fato, através da extrafiscalidade e para atingir algum desiderato de ordem pública, o ente pode estabelecer vantagens, prêmios ou atrativos para estimular setores produtivos a agir de determinada forma, com base na política econômica estabelecida, concedendo, por exemplo, incentivos fiscais (também chamados de tributários) que consistem nos mais diversos tipos de tratamento tributário diferenciado, tais como isenção de imposto, redução de alíquota, redução de base de cálculo, diferimento, entre outros.

Vale, ainda, lembrar as lições do prof. Kiyoshi Harada, segundo o qual:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

“Incentivo fiscal é um conceito da Ciência das Finanças. Situa-se no campo da extrafiscalidade e implica redução da receita pública de natureza compulsória ou a supressão de sua exigibilidade. É um instrumento do dirigismo econômico; visa desenvolver economicamente determinada região ou certo setor de atividade(…)”
(Incentivos fiscais. Limitações constitucionais e legais. In. Âmbito Jurídico).

Na medida em que o Município renuncia receitas tributárias fundamentais para o financiamento de suas atividades, prestigiando sua finalidade constitucional de fomentar a economia, é inquestionável que também está realizando um gasto tributário e, por isso, deve atender às regras e princípios constitucionais e legais que estabelecem os limites e requisitos dessa renúncia. Por isso, é sua obrigação controlar a concessão e os resultados esperados, sob pena de comprometer gravemente suas metas fiscais, causando desequilíbrio nas finanças públicas e prejuízo aos serviços públicos essenciais.

Os incentivos fiscais, inserindo-se na macropolítica financeira do ente público, têm objetivos claros e específicos, previstos na sua norma instituidora, que devem ser atingidos a partir do comportamento adotado pelo agente econômico beneficiado.

Para evitar indevidas distorções e efeitos deletérios sobre as finanças públicas, a Constituição Federal de 1988 contemplou, além dos princípios que regem a Administração Pública, normas destinadas a conferir maior transparência, equilíbrio fiscal, limites e controle na utilização dessa forma de desoneração tributária, tais como a necessidade de lei específica e exclusiva para a concessão de incentivos (artigo 150,§6º) e de fiscalização, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade e eficiência da gestão orçamentária e financeira em geral, e mais especificamente, da política de concessão de incentivos fiscais (arts. 70 e 74,II).

Tais medidas, de natureza nitidamente financeira, visam a assegurar o equilíbrio das contas públicas e o respeito às metas fiscais estabelecidas na legislação orçamentária. Da mesma forma, são imprescindíveis para demonstrar a utilidade e eficiência dos incentivos fiscais para obtenção dos resultados esperados. Destarte, é imperioso que se verifique se a referida intervenção sobre o domínio econômico trouxe mais impactos positivos do que negativos. Se afetas as metas dos resultados fiscais, o Estado deverá estabelecer desde logo medidas de compensação no período, que poderão consistir em



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

majoração de tributos, através do aumento de alíquotas, ou de sua criação pela modificação na base de cálculo, dentre outras possibilidades a serem adotadas.

No que tange ao necessário controle dos gastos tributários, esse conjunto normativo, no qual se incluem os princípios constitucionais e infraconstitucionais da transparência e da fiscalização, possibilita também avaliar se o ato de gestão que concede incentivos é adequado, necessário e proporcional à finalidade que se deseja alcançar. De fato, considerando que importam em desoneração de um grupo de contribuintes que não se submeterão à regra geral da tributação, é imprescindível que seu uso seja de extraordinária prudência para minimizar os riscos aos contribuintes não favorecidos.

Portanto, o Poder Legislativo ao aprovar lei concessiva de incentivo fiscal, além de controlar os limites orçamentário-financeiros, deve aferir a compatibilidade com os fins pretendidos dentro da nossa ordem constitucional, de modo que a razoabilidade da discriminação deve estar fundada em diferenças reais entre os contribuintes, na existência de um objetivo a ser alcançado que justifique a desoneração e, principalmente, em umnexo lógico entre o objetivo que se pretende atingir e o incentivo tributário concedido:

“(...) Os membros da sociedade não apenas consentem na estimação da receita, como também influenciam no direcionamento das despesas. Uma vez aprovado o orçamento pelo Parlamento Nacional segue-se que as receitas foram consentidas e as despesas fixadas foram aprovadas em bloco. Daí o direito de fiscalização e controle da execução orçamentária. De conformidade com o art. 70 da CF a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da união e das entidades da administração direta e indireta é feita sob vários ângulos: (...) e) **sob o prisma da renúncia de receitas para verificar se ela tem amparo legal, bem com para constatar a responsabilidade e eficiência na arrecadação de tributos instituídos...**” (HARADA, Kiyoshi. Fiscalização financeira e orçamentária e a atuação dos Tribunais de Contas. Controle Interno, controle externo e controle social do orçamento. In: CONTI. José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Org.). Orçamentos Públicos e Direito Financeiro, Ed. Revista dos Tribunais. 1ª Ed. p. 1258)



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária (GAESF)

Acompanhar a macropolítica de isenção fiscal de um ente federativo significa, portanto, caminhar junto ao moderno sistema jurídico normativo de gestão orçamentária responsável, eficiente e transparente. Obrigação (de gestão responsável) que foi imposta constitucionalmente (vide arts. 70 e 74 da CF/88) e legalmente (arts. 1º, §1º⁵/ 4º, I, “a”; 5º, II da LRF) ao gestor público, em prol da boa governança e do desenvolvimento econômico do Estado Contemporâneo. E que, portanto, jamais poderá ficar sob os auspícios de entendimentos isolados de um dado gestor público.

É certo que, uma vez concedido o benefício tributário, após efetivo cumprimento das exigências legais, faz-se imprescindível a adequada fiscalização dos seus objetivos, os quais, no caso concreto, consiste na modicidade da tarifa ou alguma melhoria no serviço público com efetiva manutenção do equilíbrio contratual. Somente assim será possível avaliar se a finalidade socioeconômica do incentivo está sendo atingida e verificar até quando ele pode ser mantido. Isso porque a fiscalização e o controle dos incentivos não pode se restringir a aspectos de conformidade com a lei, mas sobretudo deve contemplar as metas e resultados obtidos.

Nesse aspecto, reforçando a necessidade de avaliar as políticas públicas alcançadas com o incentivo, posiciona-se a melhor doutrina:

“A garantia de liberdade de conformação do legislador e do administrador não pode ser vista desvinculada do resultado produzido pelo incentivo tributário, ou seja, constatada de forma irrefutável a ineficiência ou ineficácia da medida estabelecida, deverá o legislador ou administrador empreender os esforços necessários para superar o estado de inconstitucionalidade com a presteza necessária. Explica-se: conquanto seja reconhecido ao legislativo e ao executivo uma substancial liberdade de conformação nos casos de efeito futuro duvidoso (prognose) ou matéria estritamente técnica, **a ineficiência ou ineficácia do incentivo tributário (que, por exemplo, não foi capaz de gerar os postos de trabalho previstos), constatada de forma irrefutável com passar do tempo, torna sua manutenção ilegítima, impondo-se sua revogação ou extirpação do sistema jurídico, inclusive por meio do Poder Judiciário.** Com efeito, muito embora essa situação revele um hipótese de

⁵ A lei de responsabilidade fiscal é cristalina quanto a essa obrigação, ao aduzir, neste artigo de lei, que “...A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita...”.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

incentivo tributário concedido (em sua gênese) de forma legítima e constitucional, o transcurso do tempo demonstrou sua ineficiência ou ineficácia, impondo-se sua retirada do mundo jurídico, pois sua manutenção consagraria verdadeiro privilégio odioso.” (Gilson Pacheco Bonfim, Incentivos tributários: conceituação, limites e controle – Ed. Lumen Juris, pag 258).

Em razão da racionalidade dos incentivos fiscais delimitados pela ordem jurídica, pergunta-se: como fiscalizar se os benefícios tributários concedidos pelo poder público às concessionárias de transporte coletivo por ônibus estão efetivamente cumprindo sua finalidade se a Secretaria Municipal de Fazenda não confere a necessária transparência aos dados de renúncia fiscal, tratando-os como sigilosos, inclusive para os órgãos de controle?

Por todas as razões acima detalhadas, os impactos da política de concessão de incentivos sobre a gestão fiscal como um todo devem ser tratados da forma mais transparente possível, conforme estabelece a LRF, em seu artigo 1º, §1º:

“Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

*§ 1º- A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e **transparente**, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre **receitas** e despesas e **a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita**, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.”*

De fato, prevê o artigo 11 da referida Lei que constitui requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação. Isso porque é por meio da arrecadação de tributos, entre outros, que o ente federativo financiará as atividades estatais.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

A renúncia de receita causa impacto nas finanças públicas e, por isso, toda concessão de benefícios fiscais deve ser transparente, planejada e controlada, atendendo ainda aos requisitos estabelecidos no artigo 14 da LRF.

Dessa forma, tratar as informações sobre renúncia de receita como sigilosas não está de acordo com o Estado Democrático de Direito, especialmente quando tal entendimento é utilizado para impedir o acesso de um órgão de controle à informação solicitada.

De igual modo, a especificação da informação sobre o *quantum* de incentivo fiscal que está sendo fruído por cada contribuinte em nada viola o sigilo fiscal dos mesmos, posto que, conforme se observa do sistema normativo, tais dados consistem em renúncia de receita, ou gasto tributário, o qual deve ser realizado nos limites e condições da lei, atendendo aos princípios da transparência e publicidade.

Ademais, a atividade desempenhada pelos consórcios de empresas alvo do precitado Inquérito Civil é pública, delegada aos próprios por meio de licitação, visando atender o relevante interesse coletivo, decorrente de seu propósito primordial na viabilização e na concretização de direitos fundamentais dos mais diversos, desde os individuais, como o de “ir e vir”, até direitos sociais, dentre os quais se pode destacar os direitos ao trabalho e ao lazer.

Embora só em 2015 a EC nº 90 tenha sido promulgada, passando então o direito ao transporte a constar no rol de direitos fundamentais resguardados na Constituição Federal, percebe-se, pois, que isso apenas explicitou o que a sistematicidade do ordenamento já indicava e apontava. Assim, a concessão de incentivos fiscais para assegurar a modicidade da tarifa deve ser submetida à maior transparência possível, visando a possibilitar o controle social e especialmente, o controle da eficiência deste gasto tributário pelos órgãos de fiscalização, tais como Ministério Público e Tribunal de Contas. Frise-se que, no caso em apreço, **o que se está tratando é da possibilidade de o Ministério Público investigar correta e legitimamente causas que envolvem recursos públicos, uma vez que a renúncia de receita impacta diretamente o orçamento do Município do Rio de Janeiro, que, por sua vez, se encontra com dificuldades financeiras.**



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

Daí, mais uma razão para se admitir e de se perquirir cada vez mais um zelo maior com as causas que envolvam as receitas municipais, a fim de se evitar que o município também declare estado de calamidade financeira, como já foi feito por outros municípios do estado.

Nesse mesmo compasso, não só o Mandado de Segurança nº 33.340/DF, já citado, mas principalmente o Mandado de Segurança nº 21.729-4/DF, destacou que *“em se tratando de direito com origem pública, o sigilo é imponível ao Ministério Público, em razão do princípio da publicidade inscrita no artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1998”*.

Na mesma linha de intelecção, o ministro Luiz Fux, nos autos do Mandado de Segurança nº 33.340/DF, cuja celeuma remete à proteção às informações bancárias e empresarial mantidas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), afirmou que *“o sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de conhecer o destino dos recursos públicos”*. Em outras palavras, mesmo se o sigilo viesse a incidir neste caso, o princípio da publicidade demandaria a sua relativização.

É certo que o Município sofreu uma queda de arrecadação como consequência da renúncia fiscal instituída pela Lei Municipal nº 5223/2010, como parte de um cálculo de equilíbrio econômico-financeiro do contrato que levaria a maior modicidade tarifária.

Logo, sua fruição pelas empresas consorciadas foi vinculada a manutenção de determinado grau de eficiência de política tarifária. Mesmo sem ter sido recolhido, o valor aproveitado segue público e não pode ser equiparado às demais fontes de receita dos consórcios.

Considerar a renúncia fiscal como receita ou renda dos concessionários desvirtua dolosamente a finalidade do sigilo fiscal, limitando a possibilidade do *parquet* fiscalizar a idoneidade da instituição do benefício fiscal e a regularidade de sua manutenção.

Não há, pois, nenhum constrangimento a ser sofrido pelos consórcios caso a Secretária Municipal da Fazenda compartilhe tais dados com o Ministério Público. O sigilo fiscal não estará sendo



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

desrespeitado, pois ele aqui sequer se aplica. Mesmo se ele incidisse sobre os dados requisitados, o sigilo fiscal não poderia ser oposto a este Órgão Ministerial, em razão de uma exceção prevista no artigo 198, §1º, II, do CTN.

6.2 A TRANSFERÊNCIA DE SIGILO DE INFORMAÇÕES E DOCUMENTOS ENTRE ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA E O MINISTÉRIO PÚBLICO.

Conforme destacado acima, a Administração Pública, no exercício de suas atividades estatais, deve atender ao princípio da publicidade, inclusive quanto às renúncias de receita que causam impacto em seu planejamento financeiro e orçamentário.

A transparência, portanto, é a regra e o tratamento sigiloso é uma exceção que somente pode ocorrer nas hipóteses estabelecidas em lei.

Nesse aspecto, o artigo 198 do CTN prevê:

“Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.”

Os contornos e a abrangência do sigilo fiscal foram objetos de estudo por remansosa doutrina, a qual assim converge sobre seu propósito e sua finalidade derradeira:

“Com efeito, a Constituição, como já dito, garantiu a inviolabilidade da privacidade e o sigilo de dados. Para efetivá-los, assegurou também o sigilo das informações bancárias, seja das constantes nas instituições financeiras, seja das existentes na própria Fazenda Pública. No que andou bem, pois, por meio da análise e divulgação dos dados bancários deixa-se ao desabrigo a intimidade da pessoa; fica fácil saber quais as suas preferências políticas (v.g., na hipótese de ter feito uma doação de campanha a um partido), qual sua religião (pelo eventual donativo que fez a uma Igreja), com quem se relaciona, quais as suas diversões



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

habituais, que lugares frequenta, se está passando por dificuldades financeiras (comprováveis por constantes saldos bancários negativos) etc.”

Tudo isto pode levar a situações altamente embaraçosas, como bem o percebeu José Eduardo Soares de Melo, verbis: “informar a situação pessoal abala o natural relacionamento com seus clientes (fundados na confiança e no crédito), pois acarreta significativos reflexos, porque pode despertar a cobiça de terceiros (com fins criminosos mediante sequestro, roubos, etc.), a participação desleal de concorrentes em negócios, o irado procedimento de credores (perspectiva de bloqueio de valores) e da própria família (interpelação relativa a gastos etc.)” (Carrazza, Roque Antonio, Curso de direito constitucional tributário, 31ª edição, p.574)

Percebe-se, pois, **não ser o sigilo fiscal um fim em si mesmo**, interpretável separadamente da integralidade do ordenamento, mas sim como parte de um conjunto de garantias constitucionais instituídas em proveito dos contribuintes, para resguardá-los contra usos indevidos de seus dados pelo Fisco. Sua natureza jurídica assim é definida:

“Trata-se, com efeito, da contrapartida da exposição do contribuinte ao poder-dever do Fisco de fiscalizar o cumprimento da legislação tributária, função no exercício da qual adentra a esfera dos negócios, bens, e atividades dos cidadãos, com amplos poderes investigatórios. O sistema, no reverso, coloca sob proteção as informações e dados obtidos no cumprimento de tal mister.” (p.1025, Código Tributário Nacional Comentado, Freitas, Vladimir de Passos, coord)

O sigilo fiscal mostra-se assim um dever acessório atribuído ao Fisco, decorrente de sua obrigação legal fiscalizatória. Ele não pode dispor de dados particulares decorrente de sua atuação. **Contudo, os dados solicitados pelo GAESF, correspondentes a fruição do benefício fiscal por cada consorciada, não dizem respeito à receita decorrência das atividades empresariais.**

Ainda que se entenda, hipoteticamente, que as informações detalhadas, sobre renúncia de receita, requisitadas pelo Ministério Público estejam, em tese, acobertadas pelo sigilo, esse não pode ser



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

oponível ao Ministério Público em razão das exceções estabelecidas no parágrafo 1º do artigo 198 do CTN:

“Art. 198-

§ 1º Exceção-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: (Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001)

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.”

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

De fato, conforme acima especificado, em decorrência das atribuições constitucionais do MP, o legislador ordinário foi enfático ao mencionar, no artigo. 8º, §2º da Lei Complementar nº. 75/93, que **“Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção do sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro do dado ou do documento que lhe seja fornecido.”**, ora preceito subsidiariamente aplicável ao Ministério Público Estadual, na forma do artigo. 80, da Lei nº 8.625/1993.

Nesta esteira, o ilustre doutor Emerson Garcia assentou na doutrina pátria que o *Parquet* não desenvolve atividade de advocacia pública ou privada, tendo como derradeira e precípua finalidade a defesa dos direitos e interesses transindividuais; **o que lhe garante não serem oponíveis, por nenhum agente ou órgão público, as exceções legais de sigilo, quando necessário à instrução de um procedimento investigatório, devidamente instaurado. Nesse caso, transfere-se ao membro do Ministério Público o ônus de zelar pela manutenção do sigilo das informações recebidas**⁶.

⁶ Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico, p. 362.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

Ao membro do Ministério Público confere-se, portanto, o acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público, ou relativo a serviço de natureza pública, sem prejuízo de sua responsabilidade civil e criminal pelo eventual uso ilegal das informações e documentos a que teve acesso, salvo em matéria em que a própria Constituição exija quebra do sigilo sob autorização judicial.

Como bem observado pelo professor José dos Santos Carvalho Filho, quando o legislador previu no art. 26, §2º, da Lei n.º 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) a responsabilidade do membro do Ministério Público pelo uso indevido das informações e documentos transferidos em razão do *múnus público*, contemplou também a possibilidade legal de requisição de documentos e informações sigilosas, independente de autorização judicial. Exceto, repise-se, em matéria de quebra de sigilo de comunicações telefônicas, a qual, por força de própria norma constitucional, dependerá sempre de suprimento pelo Poder Judiciário⁷.

No caso em tela, o Ministério Público deflagrou regularmente um inquérito civil e, para instruí-lo, expediu o ofício requisitório, já tantas vezes mencionado, no qual cientificou a autoridade administrativa de que estava investigando um fato de relevância social, informando-lhe o número do inquérito, seu objeto e o que exatamente pretendia com isso. Informou ainda que a recusa, ou negativa, por parte do órgão da Administração Pública Estadual prejudicaria, ou inviabilizaria, o andamento de uma investigação empreendida pelo *Parquet*. Ou seja, cumpriu todos os requisitos mencionados no trecho normativo acima destacado.

Pela combinação textual dos dispositivos citados, conclui-se que a imposição de sigilo sobre dados ou informações decorrentes da "*situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades*" não deverá ser imposta face à autoridade administrativa, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo (art. 198, §1º, II do CTN).

A parte final do artigo 198, §1º, inciso II e todo o art. 199, ambos do Código Tributário Nacional teria total aplicabilidade, caso se entenda, *ad argumentandum*, que os dados requisitados são sigilosos. **Eles**

⁷ Ação Civil Pública. 6ª Edição. p.192.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

traduzem a prevalência do princípio da publicidade administrativa e possibilitam a transferência do sigilo fiscal às autoridades públicas integrantes do controle interno e externo da Administração, desde que preenchidos todos os requisitos previstos em lei.

Com efeito, em situação análoga ao caso trazido a lume neste presente mandado de segurança, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a constitucionalidade do artigo 1º, §2º, inciso V da Lei Complementar nº 105/2001 no Recurso Extraordinário nº 601.314 – SP, que autoriza a transferência de dados sigilosos entre órgãos da Administração Pública.

Em resumo, o compartilhamento de dados e informações confidenciais não viola o preceito legal e constitucional, tampouco perdem a natureza sigilosa quando transferidas ao Ministério Público. Pelo contrário, conservam essa confidencialidade, uma vez que transitam dentro da esfera da Administração Tributária, para outra organização pública, constitucionalmente inculpada de investigar o mesmo fato, sob outra ótica.

Ademais, **não se trata de uma transferência de dados fiscais generalizados, menos ainda de uma devassa indiscriminada.** Não se cogita de obter acesso amplo e restrito, gerencial e operacional, dos registros e informações do banco de dados da Secretaria Municipal de Fazenda. **O que se pretende é a entrega de dados imprescindíveis no deslinde de investigações promovidas em procedimentos administrativos, inquéritos civis e ações civis públicas, promovidas em desfavor de pessoas físicas ou jurídicas que tenham violado regras constitucionais e infraconstitucionais.**

O Prof. Ricardo Alexandrino afirmou em sua recente obra que **a Administração Pública não tem o poder de analisar conveniência e oportunidade de fornecer dados solicitados pela autoridade administrativa, mas sim que deve analisar se foram cumpridos os requisitos formais, como a instauração regular do processo e apuração do ato ilícito administrativo**⁸.

Inclusive o tema já foi alvo de discussão nos nossos tribunais, posicionando-se, recentemente, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro pelo compartilhamento de informações entre a Fazenda Estadual

⁸ Direito Tributário Esquematizado. Editora Método. Pág. 539.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

e o Ministério Público, eis que não há violação ao direito de confidencialidade ao órgão incumbido de zelar o patrimônio público e social, de acordo com que se infere do julgado abaixo destacado:

MANDADO DE SEGURANÇA. Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária – GAESF do MPRJ. Inquérito Civil instaurado para apurar regularidade na concessão e renovação de benefício tributário concedido à sociedade empresária. Recusa da autoridade fazendária em fornecer documentos solicitados pelo órgão ministerial. O Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, pode instaurar inquérito civil e ajuizar ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art.129, inciso III, CRFB). Possibilidade de requisitar informações e documentos pertinentes e necessários à instrução dos procedimentos administrativos (art.129, inciso VI, CRFB). A investigação realizada em inquérito civil é feita em defesa do patrimônio público, pois o benefício fiscal envolve verba pública. Imprescindível que o Ministério Público tenha acesso aos documentos existentes no âmbito do Executivo, a fim de apurar possíveis irregularidades na concessão de benefício fiscal em detrimento do erário. Não existe quebra de sigilo fiscal, mas mera transferência de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública, cooperação que deve existir em prol do interesse público na defesa de verba pública. Caso contrário, a negativa desta autorização ensejaria na proibição do Ministério Público fiscalizar em benefício da sociedade, ao mesmo tempo que blindaria possíveis suspeitos de ato ilícito por sonegação, exatamente o que se constitui em um absurdo, especialmente em época de crise na moralidade pública do Estado. CONCESSÃO DA ORDEM DE SEGURANÇA. (Mandado de Segurança nº 0002006-14.2019.8.19.0000. Órgão Julgador 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Julgamento em 27 de março de 2019.** Desembargador Relator Peterson Barroso Simão.)

No que tange às informações requisitadas, é impossível deduzir algo das operações das consorciadas com base na diferença entre o que elas pagaram de ISS com a alíquota de 0,01% e a projeção do que pagariam se a alíquota ainda fosse 2%. A discriminação dos valores usufruídos por elas em decorrência do benefício fiscal sequer indiretamente ofenderia o sigilo fiscal, o que enfatiza serem esses dados efetivamente referentes apenas ao prejuízo sofrido pelo tesouro municipal.

Dessa forma, considerando as regras legais e normas constitucionais ventiladas acima, o **Ministério Público requer que seja concedida a ordem mandamental, de forma a determinar ao Município do Rio de Janeiro e à autoridade coatora que apresentem ao GAESF informações detalhadas**



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

sobre a renúncia de receita decorrente da Lei Municipal nº 5223/2010, durante todo o período de vigência, especificando os valores renunciados por cada consórcio e por cada empresa consorciada e prestadora do serviço público de transporte municipal por ônibus.

Assegura-se, assim, os poderes de investigação do Ministério Público, bem como a observância às normas que regem a administração pública, dentre as quais se destacam o princípio da publicidade, o princípio da juridicidade e ao entendimento firmado nos Tribunais e na doutrina pátrias, quanto ao compartilhamento de informações e dados fiscais, ainda que sigilosos, com o *Parquet*.

7. DOS PEDIDOS

7.1 DA TUTELA LIMINAR

Ante a tudo que foi delineado, faz-se mister a concessão de liminar para determinar o imediato cumprimento do conteúdo do ofício ministerial já referido, de modo a cessar de pronto a lesão. Para tanto, impõe-se averiguar a presença dos requisitos legais descritos no Art. 300 do Novo Código de Processo Civil, a saber: a fumaça do bom Direito e o perigo da demora.

O *fumus boni iuris* encontra-se suficientemente alinhavado *in casu*, demonstrado pela própria narrativa fática apresentada. Na mesma intensidade exsurge o *periculum in mora*, eis que a delonga na prestação jurisdicional acarretará, por via de consequência, a demora na atuação do Ministério Público neste caso, em detrimento do cumprimento de sua missão institucional definida pela Constituição Federal, tornando remota a necessária reparação de eventuais danos causados ao erário pela fruição indevida do incentivo fiscal, o que será pleiteado pela via própria.

Dessa feita, requer o *Parquet*, inaudita altera parte, seja determinado ao Município do Rio de Janeiro e à autoridade coatora o integral cumprimento, no prazo de 10 (dez) dias, da requisição contida no ofício GAESF/SEC nº 02/19, acostado ao bojo dos autos desta ação constitucional.

7.2 DA CONCLUSÃO E DOS REQUERIMENTOS

Diante do exposto, requer o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal
e aos Ilícitos contra a Ordem Financeira, Tributária e Orçamentária
(GAESF)

- 1) **Seja definitivamente concedida a segurança, de forma a determinar ao Município do Rio de Janeiro e/ou à autoridade coatora que encaminhe o valor correspondente ao benefício fiscal usufruído por cada consórcio prestador de serviço de transporte coletivo municipal, discriminando por consorciada, ao longo dos exercícios de 2010 a 2018, em razão da Lei Municipal n° 5223/2010;**
- 2) A notificação da autoridade coatora, na forma do art. 7º, inciso I, da lei 12.016/09, para que preste as informações necessárias;

Atribui-se a essa causa o valor de R\$ 56.880.977,18 (cinquenta e seis milhões, oitocentos e oitenta reais, novecentos e setenta e sete reais e dezoito centavos), meramente para fins de alçada.

Rio de Janeiro, 28 de Março de 2019.

VINICIUS LEAL CAVALLEIRO

Promotor de Justiça
Coordenador do GAESF

KARINE SUSAN GOMES DE CUESTA

Promotora de Justiça
Subcoordenadora GAESF

EDUARDO RODRIGUES CAMPOS

Promotor de Justiça
Subcoordenador GAESF